جامعة النجاح الوطنية
كلية الدراسات العليا

التحكيم التجاري الدولي في إطار منهج التنازع
دراسة مقارنة

إعداد
الهام عزام وحيد الخراز

إشراف
د. أكرم داود

قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون لكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين.
2009م

التحكيم التجاري الدولي في إطار منهج التنازع
دراسة مقارنة

إعداد

الهام عزام وحيد الخراز

نوقشت هذه الرسالة بتاريخ 2009/5/6م، وأجيزت.

أعضاء لجنة المناقشة	التوقيع
1. د. أكرم داود / مشرفاً ورئيساً	....
2. د. خالد تلاحمة / ممتحناً خارجياً	....
3. د.أمجد حسان / ممتحناً داخلياً	....

الإهداء

إليك ملاكي.... نبع لا ينضب... زهرة لا تذبل.... شمس نهاري..... إلى التي
غمرتني بحنانها
إليك أمي

إلى القلب العظيم... صاحب السواعد الطاهرة عنوان الإرادة والتصميم.
إلى الذي أفنى شبابه كي نكبر
إليك أبي

إلى نسائم قلبي... سندي في حياتي
اخوتي واخواتي

الى رفيق عمري..........

إلى اعز الأصدقاء.... و أجمل الذكريات

إلى الأرض التي ترعرعت في ربوعها... إلى وطني الغالي
إليك فلسطين

إلى الذين سجلوا في صفحات التاريخ أمجادهم ورووا الأرض بمسك دمائهم
إلى شهداء الوطن

الشكر والتقدير

الشكر لله العلي القدير الذي لا يتحرك ساكن إلا بأمره،

إلى أساتذتي الأفاضل أعضاء الهيئة التدريسية في جامعة النجـــاح الوطنيـــة، أخـــص بالذكر الدكتور الفاضل أكرم داود المشرف على الرسالة، والذي بفضـــل جهـــوده وإرشـــاداته وسعة صدره استطعت انجاز هذا البحث

كما أتقدم بالشكر والتقدير من أستاذي الفاضلين : خالد تلاحمة وامجد حسان لتكرمهما بمناقشة هذه الرسالة

الإقـــرار

أنا الموقع أدناه مقدم الرسالة التي تحمل العنوان:

التحكيم التجاري الدولي في إطار منـهج التنـازع
دراسة مقارنـة

أقر بأن ما اشتملت عليه هذه الرسالة إنما هي نتاج جهدي الخاص، باستثناء مـــا تمـــت الإشارة إليه حيثما ورد، وأن هذه الرسالة ككل، أو أي جزء منها لم يقدم من قبل لنيل أية درجة علمية أو بحث علمي أو بحثي لدى أية مؤسسة تعليمية أو بحثية أخرى.

Declaration

The work provided in this thesis, unless otherwise referenced, is the researcher's own work, and has not been submitted elsewhere for any other degree or qualification.

Student's name: **اسم الطالب:**

Signature: **التوقيع:**

Date: **التاريخ:**

فهرس المحتويات

التحكيم التجاري الدولي في إطار منهج التنازع

دراسة مقارنة

إعداد

الهام عزام الخراز

إشراف

د. أكرم داود

الملخص

تنازع القوانين في التحكيم التجاري الدولي يعد مثار جدل واسع ، يتناول القانون الواجب التطبيق على التحكيم، فإتفاقات التحكيم ، بالإضافة الى المزايا الأخرى التي تسرد بشأنها في هذا الصدد، تتميز بأنها اتفاقيات او شروط يرغب اطرافها بها ابعاد علاقاتهم عن نطاق الحلول القانونية والقضائية الوطنية العادية واللجوء الى إجراءات وحلول موضوعية اخرى تتفق اكثر مع مصالحهم المتبادلة ، وجوهر التحكيم التجاري وهدفة الرئيس يتلخص في ثلاث مسائل رئيسية هي: البحث عن مجموعة القواعد القانونية المناسبة للفصل في النزاع حول عقد التحكيم ذاته ، وتحديد الإجراءات المناسبة الواجب اتباعها لممارسة التحكيم ، واخيرا حل النزاع الموضوعي دون ارتباط بقانون وطني معين .

ونظرا لأهمية التحكيم بشكل عام، والتحكيم التجاري الدولي بشكل خاص، عملت الدول على سن قوانين تنظم عملية التحكيم بمختلف مراحلها، وتعالج التنازع الذي قد يثور بصدد تحكيم تجاري دولي.

ومن خلال الإطلاع على هذه القوانين يتضح أن المنازعات في مجال التجارة الدولية تثير صعوبات قانونية لا توجد في شأنها حلولا مستقرة، مما يؤدي إلى عرقلة التعامل التجاري وفي مقدمة هذه الصعوبات تعيين القانون الواجب التطبيق على النزاع والمحكمة المختصة بنظره.

وتظهر اهمية هذا البحث في معرفة القانون الواجب التطبيق على التحكيم بكافة مراحلــة مما يساعد بشكل كبير على إحترام توقعات الأطراف ، وإحترام إرادتهم في اللجوء الى التحكيم لحل منازعاتهم التجارية .

ويهدف هذا البحث الى محاولة توحيد التشريعات في القانون الواجــب التطبيــق علـــى التحكيم التجاري الدولي ، من خلال المقارنة بين هذه التشريعات وايجاد قواعد مشتركة تطبــق على المنازعات التجارية ، وضرورة تبني هيئات التحكيم الدولية لآليات مشتركة لتســهيل هــذه الوسيلة التي تعنى بفض المنازعات التجارية الدولية .

حيث تناولت من خلال هذا البحث القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم وموضوع النزاع والقانون الواجب التطبيق على الإجراءات وأخيرا القانون الواجب التطبيق على القــرار التحكيمي ، وذلك من خلال التشريعات والأنظمة القانونية ، بالإضافة الى المعاهدات والاتفاقيات الدولية المختصة .

وقد خلصت الى عدة نقاط اهمها :

أولا : ضرورة ان يتم في التشريعات الوطنية وضع نصوص تعنى بمعالجــة التحكــيم التجاري الدولي بشكل اوسع لما لهذه الوسيلة من أهمية بالغة على الصــعيد التجــاري الــدولي والعلاقات الاقتصادية والتجارية بين الدول .

ثانيا : محاولة ايجاد الية مشتركة من قبل الهيئات الدولية التي تعنى بالتحكيم التجــاري الدولي حتى تستطيع ان تكون مرجعية يلجأ اليها لحل المنازعات التجارية الدولية مــن خــلال دراسة المنازعات التي تثور بصدد العلاقات التجارية ومعرفة الطريــق الانســب لحــل هــذه المنازعات.

ثالثا : معرفة القانون الواجب التطبيق على النزاع التجاري الدولي يســهل مــن مهمــة المحكم ويتوافق مع توقعات الأطراف ، واحترام ارادتهم باللجوء الى التحكــيم كوســيلة لحــل المنازعات التجارية الدولية .

المقدمة

يعد التحكيم في الوقت الحاضر الأسلوب الغالب للفصل في المنازعات التي تثور بين الأفراد والمؤسسات، لما للتحكيم من مزايا متعددة أهمها السرعة في الفصل في النزاع وتوفير الوقت والجهد وحفظ الأسرار التجارية الخاصة بأطراف النزاع.

فالتحكيم يعد نظاما قديما حديثا[1]، فهو قديم النشأة لإتخاذه وسيلة لحل النزاعات في المجتمعات القديمة بحيث يحكمه العادات والأعراف المتبعة في تلك المجتمعات.

ويعد نظاما حديثا، وذلك لأنه في الوقت الحاضر وبعد نشوء الدولة وتبلورها بشكلها الحالي وإرتباطها الوثيق من منطلق المصلحة مع غيرها من الدول، ونظرا لأتساع رقعة العلاقات التجارية الدولية بين الأشخاص الطبيعية والإعتبارية في دول مختلفة، وارتفاع حجم العقود التجارية الدولية _ يكاد لا يبرم اليوم عقد تجاري دولي دون أن يتضمن شرطا تحكيميا يقضي بأن يفصل في كل نزاع ينشأ عن هذا العقد بطريق التحكيم الدولي، أي على يد هيئة تحكيم، تكون إما معينة من قبل أطراف النزاع أو عن طريق اللجوء إلى إحدى مؤسسات التحكيم التجاري الدولي، كغرفة التجارة الدولية[2]، أو وفق نظام تحكيم دولي معين كالنظام الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية اليونسترال[3].

لذا يعد التحكيم التجاري الدولي من مظاهر الفكر القانوني والإقتصادي الحديث على المستوى العالمي، وأداة مبتغاة لتنشيط التجارة الدولية، الأمر الذي خلق اتجاها قويا في مختلف دول العالم يدفعها إلى تعديل قوانينها بصورة تساير هذا الفكر، وهو ما دفع المشرع المصري

---

[1] عبد القادر، ناريمان: **اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994**.ط1. القاهرة. دار النهضة العربية. 1996.ص12

[2] تأسست غرفة التجارة الدولية سنة 1919، وتعد مؤسسة من مؤسسات التحكيم التجاري الدولي، حيث تعمل محكمة التحكيم الدولية التابعة لغرفة التجارة على حل المنازعات التجارية الدولية بمعدل 500 قضية سنويا

[3] اليونسترال : هو القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة في 21 يونيو سنة 1985 وهو ما يعرف بقواعد اليونسترال.

إلى إصدار قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994، والمشرع الفلسطيني إلى إصدار قانون التحكيم رقم 3 لسنة 2000.

فالعالم يعيش الآن عصر عولمة الاقتصاد وتبنى سياسة السوق المفتوح، حيث تتجه معظم دول العالم إلى زيادة الإستثمارات الأجنبية على إقليمها، مما يستتبع زيادة العلاقات الاقتصادية الدولية عموما والتجارية خصوصا، لتزيد الحاجة تبعا لذلك إلى التحكيم باعتباره الوسيلة الطبيعية والمثلى لفض ما ينشأ من منازعات، حتى أمكن القول مجازا أن الأصل في تسوية المنازعات الناشئة عن العقود الدولية هو التحكيم، وأن اللجوء إلى القضاء هو الإستثناء.

والإتفاق على اللجوء الى التحكيم قد يتم قبل حدوث النزاع فيرد كبند من بنود الإتفاق الذي يحكم العلاقة بين الأطراف المحتمل حدوث النزاع بشأنها، أو يرد كبند في إتفاق مستقل ينص على إحالة ما قد يثور بينهم من منازعات الى التحكيم ويسمى هذا الإتفاق بصورتيه (شرط التحكيم)، وقد يتم الإتفاق على اللجوء للتحكيم بعد حدوث النزاع ويسمى هذا الإتفاق (مشارطة التحكيم)[1].

ويعرف التحكيم بأنه: "الإتفاق على طرح النزاع على شخص أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون اللجوء إلى المحكمة المختصة به"[2].

أما فيما يتعلق بالتشريعات الوطنية فيمكن استخلاص تعريف للتحكيم في كل من القانون المصري و القانون الفلسطيني على أنه إتفاق الطرفين على الإلتجاء إلى التحكيم، لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة عقدية أو غير عقدية.

و بالرغم من وجود تعريف للتحكيم في الفقه والنصوص القانونية إلا أنه من الصعب حصر تعريف موحد للتحكيم التجاري الدولي، وذلك لإختلاف المعايير المتبعة من قبل الدول من

---

[1] بريري، محمود مختار احمد . **التحكيم التجاري الدولي** . ط3 .القاهرة. دار النهضة العربية.. 2004 .ص6.

[2] الفقي، عمر عيسى: **الجديد في التحكيم في الدول العربية**. دون طبعة.الأسكندرية.المكتب الجامعي الحديث.2003.ص16.

حيث الدولية ومتى يعتبر التحكيم دوليا، فلكل دولة معاييرها ونصوصها الداخلية الخاصة بها والمنظمة للتحكيم التجاري فيها وفق ما تقتضيه مصالحها.

بالتالي يمكن تعريف التحكيم التجاري الدولي بأنه: إتفاق الأطراف على الإلتجاء الى التحكيم لحل المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم بصدد نزاع تجاري دولي .

ولعل الاتفاقيات والمعاهدات الدولية والمراكز الدولية ستعمل من خلال نصوصها على إرساء تعاريف وقواعد ومبادئ قضائية للتحكيم التجاري الدولي بشكل أوضح وأدق وموحد يزيل أي تنازع وأي خلاف بشأن مدى اعتبار التحكيم دوليا أو عدم اعتباره كذلك.

وسأحاول في هذه الدراسة المتواضعة إلقاء الضوء على هذا الموضوع الذي يكتسب أهمية خاصة نتيجة لإزدهار نشاط التحكيم في الدول العربية ، بالإضافة إلى أن موضوع الدراسة يستمد أهميته من أهمية التحكيم التجاري الدولي في العصر الحديث بإعتباره الوسيلة الأهم في حل منازعات التجارة الدولية.

وسيتم معالجة الموضوعات المطروحة في البحث من خلال التحليل والإستعراض لنصوص القوانين والأنظمة المتبعة في المراكز التحكيمية الدائمة والإتفاقيات الدولية الخاصة.

موضوع البحث

تمحور موضوع هذا البحث في دراسة القانون الواجب التطبيق على التحكيم التجاري الدولي، إبتداء بإتفاق التحكيم وموضوعه وإجراءاته والقرار التحكيمي، وما يكتنف جميع هذه العناصر من خلاف يثور بين الأنظمة القانونية التي تتنازع على الأنطباق على النزاع القائم بين أطراف العلاقة، ومدى تنازل الدولة عن سيادتها بهذا الخصوص، وقبولها بتطبيق القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد، من خلال استعراض القانون الواجب التطبيق وهو إما قانون الإرادة، أو قانون الموطن المشترك، أو قانون بلد إبرام الإتفاق أو غيره من القوانين التي تندرج تحت إرادة

الأطراف ضمن إطار عدم المخالفة للنظام العام، والتنازع بين هذه القوانين الواجبة التطبيق على التحكيم التجاري الدولي .

نطاق البحث

يقتصر نطاق البحث على دراسة موضوعه في ظل قوانين التحكيم المقارنة والمتمثلة في قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000، وقانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994. بالإضافة الى مجموعة من الإتفاقيات والمعاهدات التي عنيت بالتحكيم التجاري الدولي .

المنهج العلمي

سيتم في هذا البحث إتباع المنهج الوصفي والتحليلي، الذي يقوم على التحليل وربط الأسباب بالنتائج، والمقارنة بين الانظمة القانونية ، حيث تساعد هذه المقارنة في معرفة مزايا القوانين محل المقارنة ومعرفة عيوبهم.

أهمية البحث

الأهمية التي استدعت اختيار هذا الموضوع هي عدم وجود أسس واضحة وأنظمة متبعة في حل الخلافات التي تثور بصدد العقود التجارية التي يفصل بها عن طريق التحكيم الذي يعد وسيلة يلجأ إليها من قبل الأطراف، بما يمتاز به من مزايا تفوق اللجوء للقضاء، لذا كان لا بد من محاولة البحث بهذا الموضوع من أجل بيان وتوضيح الأسس في تطبيق القانون المختص و الدعوة الى توحيد التشريعات الواجبة الإنطباق على مسائل التحكيم التجاري الدولي، والإطلاع والتحليل لنصوص قانون التحكيم المصري ، وقانون التحكيم الفلسطيني .

أهداف البحث

دراسة تنازع القوانين في التحكيم التجاري الدولي لا تقتصر على بيان ما هو القانون الواجب التطبيق على النزاع فحسب، وإنما تهدف إلى الوصول الى مبادئ مشتركة، لتطبيقها على النزاعات التي تثور بصدد العلاقات التجارية الدولية التي يفصل الخلاف فيها عن طريق

التحكيم، حيث يهدف هذا البحث إلى معرفة القانون الواجب التطبيق على النزاع التجاري الدولي، ومعرفة أهم التشريعات الدولية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي.

بالإضافة الى بيان القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم التجاري الدولي ، والقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع والإجراءات ، واخيرا القانون الواجب التطبيق على القرار التحكيمي ، وكيفية تنازع القوانين الواجبة الإنطباق على النزاع .

وموقف الباحثة من هذه القوانين، والخروج بنتائج وتوصيات، بحيث يصبح التحكيم التجاري الدولي وسيلة ناجحة تمتاز بالمرونة ومواكبة التطور الحاصل على صعيد العلاقات التجارية الدولية.

اشكالية البحث

نظراً لكون العقود الدولية تكون في الغالب بين أطراف ينتمون إلى دول مختلفة، حيث تختلف قوانين تلك الدول في معالجة القضايا التي تطرح نتيجة الخلاف بين الأطراف، لذا فاختلاف القوانين المختصة بحل النزاع بالإضافة إلى الوقت والتكلفة الباهظة جعل الأطراف يلجأون الى التحكيم كوسيلة لحل خلافاتهم، ففي هذه الحالة ما هو القانون الواجب التطبيق والأتباع من قبل هيئة التحكيم ؟ وهل تشكل إرادة الأطراف حلا مناسبا لحل النزاع المطروح؟ وإلى أي مدى يمكن للدولة التنازل عن سيادتها، وقبول إخضاع النزاع للتحكيم؟ وبتعبير آخر ما هو القانون الأنسب والواجب التطبيق على مسائل التحكيم التجاري الدولي؟

الدراسات السابقة

تم الاستناد إلى العديد من المصادر والمراجع ذات الصلة بموضوع البحث والمشتملة على الكتب والقوانين والمواقع الإلكترونية، وذلك كله وفق المبين في قائمة المصادر والمراجع لكن هذه المصادر لم تتناول موضوع الرسالة بشكل مباشر ، وإنما تمت الإشارة الى ذلك ضمن الحديث حول موضوع التحكيم التجاري الدولي .

وستتم الإشارة الى بعض المراجع التي تم الإطلاع عليها وفق الآتي :

1-سامي، فوزي محمد: التحكيم التجاري الدولي. تناول هذا المرجع موضوعات كثيرة تتعلق بالتحكيم أهمها التعريف بالتحكيم ، بالإضافة الى الإهتمام بالتحكيم في نطاق التجارة الدولية ،والإتفاقيات الإقليمية ، كما تناول إتفاق التحكيم وإختيار المحكمين، والقانون الواجب التطبيق على التحكيم التجاري الدولي بكافة مراحله ، انتهاء بالقانون الواجب التطبيق على حكم التحكيم .

2-شفيق، محسن: التحكيم التجاري الدولي. دراسة مقارنة في قانون التجارة الدولية. تناول هذا المرجع قسما نظريا تعلق بالتعريف بالتحكيم ، وقسما تطبيقيا تناول القانون الواجب على إتفاق التحكيم ، والقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع والإجراءات ، ثم تناول البحث في حال صدور حكم التحكيم والطعن فيه ، وتنفيذه وغيرها من الامور المتعلقة بالقرار التحكيمي .

3-عبد المجيد، منير: قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية. تناول هذا المرجع مقدمة عامة ، ثم تناول منازعات التجارة ذات الطابع الدولي وقانون التجارة الدولية ، واشار الى كافة مراحل التحكيم التجاري الدولي، والقانون الواجب التطبيق عليها في ظل القوانين والتشريعات والإتفاقيات الدولية التي عالجت موضوع التحكيم التجاري الدولي .

4-الرفاعي ،أشرف عبد العليم . التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية . تناول هذا المرجع القواعد التي تحكم سير المنازعة في تحكيم الحالات الخاصة ، وأشار الى السلطة التقديرية للمحكم في إختيار وتكملة القواعد الإجرائية لسير المنازعة ، بالإضافة الى السلطة التقديرية للمحكم في إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، ذلك كله ضمن القانون المصري محل الدراسة والإتفاقيات الدولية التي عالجت موضوع التحكيم التجاري الدولي .

5-بريري، محمود: **التحكيم التجاري الدولي**.تناول هذا المرجع مواضيع كثيرة تتعلق بالتحكيم أهمها التعريف بالتحكيم وطبيعته القانونية ، وإتفاق التحكيم وآثاره ، وكيفية تشكيل هيئة التحكيم ، وأشار الى حجية أحكام التحكيم وكيفية تنفيذها في ظل القانون المصري محل الدراسة ، وفي ظل القانون الفرنسي ، وإتفاقية نيويورك ، اضافة الى بطلان حكم التحكيم

في ظل قانون التحكيم المصري محل الدراسة ، وفي ظل القانون الفرنسي ، والإتفاقيات الدولية.

6-السمدان، احمد : **القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي.** كلية الحقوق .جامعة الكويت.

غالبية الدراسات السابقة عالجت الموضوع من خلال استعراض مراحل التحكيم إبتداءً بإتفاق التحكيم وانتهاءً بقرار التحكيم، ومحاولة بيان القانون الواجب التطبيق على النزاع الذي يثور بشأن العلاقات التجارية الدولية، فهذه الدراسات لم تضع أساساً ثابتاً أو آلية موحدة يمكن تطبيقها في حال نشوب نزاع تجاري دولي، مما جعل القوانين الواجبة الإنطباق تتنازع بشأن أي خلاف ينشأ على صعيد التجارة الدولية، مما يعرقل ميزة السرعة، وإختصار الوقت والجهد الذي يمتاز به التحكيم التجاري الدولي، كما لم تضع هذه الدراسات آلية موحدة أو نظاما يلجأ اليه في حال تنازع القوانين يحدد ما هو القانون الواجب الإنطباق.

خطة البحث

اقتضت طبيعة موضوع البحث أن يتم تناوله في فصلين يسبقهما مقدمة لإعطاء فكرة عامة عن التحكيم التجاري الدولي، وموضوع البحث، واشكالياته، وأهميته، وأهدافه، والمنهج المتبع والدراسات السابقة، ثم تم عرض الفصلين وفق الآتي: الفصل الأول: تناول القانون المختص بحكم إتفاق التحكيم وموضوعه وتم تقسيمه إلى مبحثين: المبحث الأول: تناول اتفاق التحكيم وهذا المبحث تم تقسيمه إلى مطلبين: المطلب الأول: تناول المسائل المتعلقة باتفاق التحكيم والقانون الذي يحكمها، والمطلب الثاني تناول: تشكيل هيئة التحكيم والقانون الذي تخضع له، اما المبحث الثاني فتناول: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وهذا المبحث تم تقسيمه إلى مطلبين: تناول المطلب الأول: السلطة التقديرية للمحكم الدولي في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، والمطلب الثاني تناول: قانون الإرادة.

اما الفصل الثاني فتناول القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم والقرار التحكيمي وتم تقسيمه إلى مبحثين: المبحث الأول وتناول: القانون الواجب التطبيق على مسائل الإجراءات، وتم تقسيمه إلى مطلبين: المطلب الأول تناول :السلطة التقديرية للمحكم في إختيار القواعد الإجرائية لسير المنازعة ،والمطلب الثاني فتناول: النظام العام وإختصاص المحكم ، والمبحث الثاني تناول: القرار التحكيمي وتم تقسيمه إلى مطلبين، تناول المطلب الأول: المسائل المتعلقة بالقرار التحكيمي والقانون الذي يحكمها، والمطلب الثاني تناول: تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية،

ثم تم عرض الخاتمة التي تضمنت نتائج وتوصيات.

الفصل الأول

القانون المختص بحكم إتفاق التحكيم التجاري الدولي وموضوعه

الأصل في أي عقد من العقود أن يكون خاضعا لقانون معين ينظمه، من شروط إنعقــاده إبتداء، وحتى تنفيذ ما يترتب عليه من التزامات يحترمها كلا الطرفين بموجب هذا القانون.

ولا يشذ اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن هذا الأصل، وإن كان هنــاك مــن ينــادي بوجوب عزله عن كل قانون وإسناده بكليته إلى إرادة المتعاقدين لتكون هي المصــدر الوحيــد للإلتزام الذي يتضمنه[1].

فلا مفر تبعا لذلك من أن يرتبط إتفاق التحكيم بتشريع معين، قد يكون قانونا وطنيــا، أو إتفاقية دولية، إلا أن الإتفاقيات الدولية قلما تعنى بالمسائل المتعلقة بإتفاق التحكيم، لصعوبة بلوغ التوحيد التشريعي في شأنها، فإذا وجدت القاعدة المادية الموحدة فلا محل لتنازع القــوانين فــي نطاقها، وإذا اشتملت الاتفاقية على قاعدة إسناد موحدة وجب إعمالها، أما في غير هذا الفــرض، فإن التنازع بين القوانين يكون أمرا لا بديل عنه، ويتعين تبعا لــذلك تعيــين القــانون الواجــب التطبيق[2]، وهذا الموضوع سيتم تناوله في المبحث الأول.

أما فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع فالقاضي لا يجد صــعوبة في معرفتة، لأنه يقوم بتطبيق النصوص القانونية للدولة التي يستمد منها سلطته، ويترتب علــى ذلك تطبيق القانون أو قواعد القانون الدولي الخاصة بتنازع القوانين لتلك الدولة.

حيث يتخصص القانون الدولي الخاص بتنظيم العلاقات بين الأفراد ذات الصبغة الدولية ، تلك الصبغة التي تلحق العلاقة القانونية إذا كان أحد عناصــرها ، ســواء احــد اطرافهــا أم موضوعها (محلها) أم سببها أجنبيا ، ولعل اهم موضوعات هذا القانون ما اصطلح على تسميته بتنازع القوانين ، والذي تتركز وظيفته الأساسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة

---

[1] شفيق، محسن: **التحكيم التجاري الدولي**. دون طبعة. دون مكان نشر. دار النهضة العربية. دون تاريخ نشر. ص210.

[2] المرجع السابق. ص 211.

القانونية ذات العنصر الأجنبي ويتم ذلك عادة من خلال ما يسمى بقواعد الإسناد أو قواعد تنازع القوانين[1].

أما المحكم فانه يستمد سلطته من إتفاق التحكيم، أي إرادة الطرفين التي تحدد ما يتعلق بالتحكيم وما هو القانون الواجب التطبيق على النزاع، وهذا ما سيتم تناوله في المبحث الثاني.

---

[1] دواس، امين رجا: **تنازع القوانين في فلسطين دراسة مقارنة**. ط1.عمان. دار الشروق.2001 .ص21.

المبحث الأول

إتفاق التحكيم

تنص المادة السابعة من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي[1] على أن إتفاق التحكيم "هو إتفاق بين الطرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية ويجوز ان يكون إتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة إتفاق منفصل ".

فهذا الإتفاق لا يخرج عن إطار أي إتفاق فهو تعبير عن إرادتين تراضيا على أن تكون وسيلة تسوية المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما هي التحكيم.

حيث نص القانون المصري للتحكيم في المادة العاشرة منه على أن إتفاق التحكيم هو "إتفاق الطرفين على الإلتجاء لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية"[2].

كما تنص المادة الخامسة من قانون التحكيم الفلسطيني على أن إتفاق التحكيم هو "إتفاق بين طرفين أو أكثر يقضي بإحالة كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بشأن علاقة قانونية معينة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، ويجوز أن يكون إتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو اتفاق منفصل"[3].

---

[1] القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي والمعروف بقانون اليونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، تم اصداره من قبل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري في 21 يونيو سنة 1985، حيث ينطبق هذا القانون على التحكيم التجاري الدولي مع مراعاة أي إتفاق نافذ مبرم بين الدولة المعنية وأية دولة أخرى، حيث ينظم هذا القانون كل ما يتعلق بإتفاق التحكيم التجاري الدولي

[2] انظر قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

[3] انظر قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000.

وجاء تعريف إتفاق التحكيم في إتفاقية عمان العربية للتحكيم منسجما مع ما سبق، حيث نصت المادة الاولى من الإتفاقية المذكورة على أن " إتفاق التحكيم هو إتفاق الأطراف كتابة على اللجوء الى التحكيم سواء قبل نشوء النزاع أو بعده[1] "

ويأخذ إتفاق التحكيم التجاري شكلين، فهو إما إتفاق لاحق لقيام النزاع، والشكل الآخر لا ينتظر فيه الأطراف نشوب النزاع وإنما يتم النص في العقد أو في اتفاق لاحق للعقد على أن يكون التحكيم هو وسيلة تسوية المنازعات بينهم، فمعظم التشريعات الوطنية تجيز الاتفاق للصورتين انفتي الذكر[2].

وسيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين: الأول يتناول: المسائل المتعلقة باتفاق التحكيم والقانون الذي يحكمها، والثاني يتناول تشكيل هيئة التحكيم والقانون الذي تخضع له.

المطلب الأول: المسائل المتعلقة بإتفاق التحكيم والقانون الذي يحكمها

يثور التساؤل حول ما هو القانون الواجب التطبيق على مسائل التحكيم المتعلقة بإتفاق التحكيم، فهو يخضع لقانون الإرادة، وهو القانون الذي يختاره المتعاقدون حيث أنه مبدأ سائد في التحكيم التجاري الدولي، كما أكدته أيضا كل الاتفاقيات الدولية التي تنظم التحكيم مثل اتفاقية جنيف سنة 1961م[3]، وإتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي ، ولا تخضع إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق لأية قيود إلا ما يتعلق منها بالنظام العام الدولي[4].

سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين: يتناول الفرع الأول الشروط الموضوعية في إتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليها، ويتناول الفرع الثاني الشروط الشكلية في إتفاق التحكيم والقانون المطبق على هذه الشروط الشكلية.

---

[1] اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري التي حررت في مدينة عمان سنة 1987م ووقعت عليها عدد من الدول العربية بما في ذلك فلسطين.

[2] سامية، راشد: **التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة**. دون ط. القاهرة. دار النهضة العربية. 1984. ص75 و ما بعدها.

[3] المعاهدة الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المبرمة في جنيف سنة 1961، حيث تعد من أهم اتفاقيات التحكيم العالمية التي تعالج موضوعات التحكيم التجاري الدولي

[4] شفيق، محسن: مرجع سابق. ص213.

الفرع الأول: الشروط الموضوعية في إتفاق التحكيم

لا بد لصحة اتفاق التحكيم أن تكون الشروط الموضوعية متوفرة وهذه الشروط تتمثل في ثلاثة عناصر، أولها توفر التراضي الصحيح، وثانيها أن يرد هذا التراضي على محل ممكن ، ثالثا أن يكون السبب مشروعا[1].

حيث يعد التراضي أول شرط موضوعي لصحة إتفاق التحكيم ويعني تطابق إرادتين في ترتيب آثار قانونية تبعا لمضمون الإتفاق[2]، فلا بد أن يطابق الإيجاب قبولا لإختيار التحكيم وسيلة لحسم المنازعات التي تثور بين طرفي العلاقة، فيجب أن تتقابل إرادة طرفي الإتفاق على إتخاذ التحكيم وسيلة لفض النزاع الناشئ أو الذي سينشأ بينهما[3].

بالإضافة إلى أن إتفاق التحكيم سواء كان شرطا أو مشارطة، فإنه قد يخضع لقانون غير القانون الذي يخضع له الإتفاق الأصلي، بالتالي يكون المرجع في كافة ما يتعلق بهذا الإتفاق للقانون الذي يخضع له إتفاق التحكيم، وهو إما قانون الإرادة أو الموطن المشترك أو قانون بلد محل إبرام الإتفاق،

والتراضي أيضاً يخضع لقانون الإرادة، وإلا خضع لقانون البلد الذي يصدر فيه حكم التحكيم[4]. وبما أن الرضا من قبل طرفي الاتفاق يعتبر شرطا موضوعيا لصحته وينطبق عليه القانون المطبق على إتفاق التحكيم ، بالتالي فإن عيوب التراضي في هذا الاتفاق ونطاقه وتفسيره تكون محكومة بالقانون الذي يحكم اتفاق التحكيم كما يخضع لنفس القانون السبب غير المشروع وجزاء عدم المشروعية.

---

[1] بريري، محمود مختار احمد : مرجع سابق، ص45.

[2] المرجع السابق. ص 45.

[3] شفيق محسن، مرجع سابق. ص 174

[4] المادة الخامسة من إتفاقية نيويورك.

والملاحظ أن الأحكام الفرنسية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي والتي صــدرت بشــأن عيوب الإرادة "الغش والخطأ" لا تستند إلى قانون معين أو حتى إلى القانون الفرنســي و لكنهــا تستند إلى عادات و أعراف التجارة الدولية[1].

اما فيما يتعلق بالشرط الموضوعي الثاني وهو محل التحكيم، فهو يعني أن يكون النزاع قابلا للتسوية بطريق التحكيم، حيث نصت المادة (11) من قانون التحكيم المصري على انــه "لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح"[2].

بينما نص قانون التحكيم الفلسطيني في المادة الرابعة منه "لا تخضع لأحكام هذا القانون المسائل التالية 1- المسائل المتعلقة بالنظام العام في فلسطين 2- المسائل التي لا يجــوز فيهــا الصلح قانونا 3- المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية"[3].

فكلا القانونين حدد محل التحكيم بشكل واضح لا لبس فيه حيث اورد الاســتثناء علــى سبيل الحصر للحالات التي لا يجوز فيها اللجوء الى التحكيم وما عدا هذه الحالات يجوز فيهــا للأطراف اللجوء للتحكيم وإتخاذه وسيلة لحل المنازعات التجارية التي تثور بينهم .

حيث يقصد بمحل إتفاق التحكيم ، موضوع المنازعات التي يشملها إتفاق التحكيم والتــي ينص على حلها بطريق التحكيم ، وفي بعض الأحيان لا يتضمن الإتفاق الإشارة فقط الى النزاع في موضوع معين ، كأن يقال إن الخلافات التي ستنشأ بين الطرفين بالنسبة لنوعيــة البضــاعة يصار إلى حلها بالتحكيم ، أو يقال إن جميع المنازعات التي ستنشأ عن تنفيذ العقد ، يصار الــى حلها بالتحكيم ،هذا في حالة وضع شرط التحكيم في العقد، أما في حالة عدم وجود مثــل هــذا الشرط

---

[1] عبد المجيد، منير: **قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية.** دون ط. القاهرة. دار المطبوعــات الجامعيــة. 1995. ص 82

[2] انظر قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994

[3] انظر قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000

فإتفاق التحكيم " مشارطة التحكيم"يتم بعد نشوء الخلاف أو النزاع ، وفي هـذه الحالـة يكون موضوع النزاع معروفا، ويمكن تحديده بدقة[1] أو بشكل عام دون تفصيل أوجه النزاع[2].

فموضوع الاتفاق أو محله يثير مسألتين أساسيتين: أولهما القابلية الشخصية للتحكيم التي تتعلق بأهلية الدول أو الدولة التي تخضع للمجموعات العامة والأشخاص المعنوية للقانون العـام في الالتجاء الى لتحكيم، وهذه يحكمها سواء القانون الشخصي للدولة الطرف فـي الاتفـاق أو الشخص المعنوي في القانون العام، وسواء لقانون العقد الأصلي الممتد لاتفـاق التحكـيم مـع مراعاة أن أهلية الدولة والأشخاص المعنوية في القانون العام تعتبر قاعدة قانون دولـي مـادي، ثانيهما: القابلية الموضوعية التي تتعلق بموضوع النزاع فإنها تتحدد طبقا للقانون المطبق علـى اتفاق التحكيم للمسألة المتنازع عليها إذا كانت تخرج عن نطاق العقد[3].

أما بالنسبة للشرط الثالث من الشروط الموضوعية في اتفـاق التحكـيم فهـو السـبب المشروع، حيث انه ضروري ولازم لتكوين اتفاق التحكيم أسوة بأي عقد آخر، فاتفاق الأطراف يجد سببه في إرادتهم في استبعاد طرح النزاع على القضاء وتفويض الأمر للمحكمين، ويعد هذا السبب سببا مشروعا إلا إذا ثبت أن المقصود منه التهرب من أحكام القانون الذي كان سـيطبق في حال طرح النزاع على القضاء نظرا لوجود قيود معينة يرغب الأطراف في التخلص منها[4]، وهو ما يمثل حالة من حالات الغش نحو القانون فيكون التحكيم وسيلة غير مشروعة يراد بهـا الإستفادة من حرية الأطراف أو حرية المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق[5].

---

[1] سامي، فوزي محمد، مرجع سابق، ص126

[2] تنص بعض القوانين على ضرورة تحديد موضوع النزاع الذي يتم حسمه بالتحكيم بموجب مشارطة التحكيم وإلا اعتبـر الإتفاق باطلا لان النزاع يكون عندئذ معلوما كما هو الحال في قانون المرافعات المصري ، المادة 501

[3] عبد المجيد، منير: المرجع السابق. ص85

[4] رضوان ، ابو زيد : **الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي**. دون ط. القاهرة. دار الفكر العربي. 1981، ص58.

[5] رضوان ، ابو زيد، مرجع سابق، ص 13.

ولا يختلط السبب غير المشروع بالمحل غير الممكن أو غير المشروع ، فالأول يقتضي البحث عن إجابة السؤال لماذا لجأ الأطراف للتحكيم ،أما الثاني فيتعلق بتحديد الموضوع المـــراد تسويته بطريق التحكيم وهل هو مشروع ام لا[1].

فنظرا لكون التحكيم هو طريق استثنائي لحل المنازعـــات بـــين الأطـــراف فـــلا بـــد أن يكون السبب مشروعا، حتى يحقق التحكيم الهدف المرجو منه، وأن لا يكـــون وســـيلة لـــدى الأطراف للتهرب من الخضوع لاحكام القضاء .

الفرع الثاني: الشروط الشكلية في إتفاق التحكيم

تتمثل الشروط الشكلية في إتفاق التحكيم بضرورة أن يكون إتفاق التحكيم مكتوبا، حيث يعد إتفاق التحكيم صحيحا في إطار المبادئ العامة إذا أبرم حسب ما يتطلبه القـــانون المحلـــي، وهو في الغالب مكان الإبرام، أو القانون الذي يحكم الموضوع، أو قانون الموطن المشـــترك، أو قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين[2].

وقد ذهبت محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في 17 مـــايو 1973 إلـــى "أن الشكلية المعتبرة ركنا في انعقاد التصرف دون تلـــك المفضـــية إلـــى إثباتـــه تخضـــع لقـــانون الموضوع"، وهذا ما اتجه إليه المشرع المصري في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني[3].

حيث نص قانون التحكيم المصري في المادة (12) منه "يجب أن يكون اتفـــاق التحكـــيم مكتوبا وإلا كان باطلا ويكون اتفاق التحكيم مكتوبا إذا تضمنه محـــرر وقعـــه الطرفـــان أو إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من رسائل الاتصال المكتوبة"[4].

---

[1] بريري، محمود مختار احمد، مرجع سابق ص 58

[2] عبد المجيد، منير، مرجع سابق. ص85

[3] مجموعة الأعمال التحضيرية: ج1. ص296 وما بعدها

[4] انظر قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

كما نصت المادة (5) من قانون التحكيم الفلسطيني على ذات النص المصري في البند 1 – 2 "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا، ويكون اتفاق التحكيم مكتوبا إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من رسائل الإتصال المكتوبة:[1].

وتتحقق الكتابة وفقا لنص القانون ، إذا ورد شرط التحكيم في رسائل أو برقيات متبادلة بين الطرفين ويمتد ذلك الى كل وسائل الإتصال المكتوبة ولكن يجب تحقق تبادل الإيجاب والقبول بشأن التحكيم ، فإذا ارسل طرف رسالة أو تلكس ، يتضمن عرض الإلتجاء الى التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بمناسبة العقد الذي يجري التفاوض لإبرامه ، فيلزم صدور قبول الطرف الآخر ، واتصال هذا القبول بعلم الطرف الأول ، أما السكوت فقد يعد قبولا إذا كانت هناك معاملات جارية بين الأطراف وكان التحكيم شرطا فيها ، أو إذا تعلق الامر بتحديد عقد يتضمن شرط التحكيم ، أو إبرام عقد جديد يحيل الى العقد السابق المتضمن لشرط التحكيم[2].

وفي حال كان إتفاق التحكيم يتم بوساطة وكيل فيجب أن تكون الوكالة مكتوبة ، ولا بد أن تكون الوكالة خاصة فلا تخول الوكالة العامة الوكيل سلطة إبرام إتفاق تحكيم أو وضع شرط تحكيم في العقد الذي تمت الوكالة لإبرامه[3].

المطلب الثاني: تشكيل هيئة التحكيم والقانون الذي تخضع له

يخضع تشكيل هيئة التحكيم في الأصل إلى إرادة الأطراف واتفاقهم، و قد حاولت القوانين تنظيم هذا الأمر من خلال النص على ذلك في التشريعات الوطنية، ومن الأمثلة على ذلك ما نصت عليه المادة 15 من قانون التحكيم المصري حيث جاء فيها "تشكل هيئة التحكيم

[1] انظر قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000.

[2] بريري، محمود مختار احمد: مرجع سابق، ص 59.

[3] تنص المادة 76 مرافعات مصري على ضرورة وجود تفويض خاص بالتحكيم ، فالتوكيل العام لأحد المحامين لا يخوله إبرام إتفاق التحكيم بل يستلزم شرط أو إتفاق التحكيم تفويضا جديدا.

بإتفاق الطرفين، من محكم واحد أو أكثر فإذا لم يتفقا على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة و إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وترا وإلا كان التحكيم باطلا"[1].

هنا ترك القانون المصري للأطراف الحرية في تشكيل هيئة المحكمين لكنه تدخل بنص آمر حيث إشترط في حال تعدد المحكمين دون تحديد للعدد أن يكون العدد ثلاثة.

في حين نص قانون التحكيم الفلسطيني في المادة الثامنة منه على أنـــه "تشــكل هيئــة التحكيم بإتفاق الأطراف من محكم أو أكثر وإذا لم يتفق على تشكيل هيئة التحكــيم يختــار كــل طرف محكم ويختار المحكمون مرجحا إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك"[2].

فالمشرع الفلسطيني لم يشترط في حال تعدد المحكمين أن يكون عددهم وتراً ولم يشترط في حال اتفاق الأطراف على تعدد المحكمين دون تحديد العدد أن يكون العــدد ثلاثــة فــالنص الفلسطيني بهذا الخصوص نص مكمل يجوز للأطراف الاتفاق على خلافه[3].

وقد عالج قانون اليونسترال النموذجي بشأن التحكيم التجاري الدولي القواعــد الخاصــة بتشكيل محكمة التحكيم في المواد من (10—15) حيث أرست هذه المواد مبدأ ســلطان الإرادة بترك الحرية للأطراف في تحديد عدد المحكمين وإلا كان العدد ثلاثة[4].

كما ينص القانون النموذجي على "أنه في حال عدم وجود اتفاق على تشكيل هيئة التحكيم تتولى الأمر الجهة التي يحددها القانون الوطني لكل دولة وتكون قراراتها في هــذا الخصــوص غير قابله للطعن فيها"[5].

---

[1] انظر قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

[2] انظر قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000.

[3] وقد عالج المشرع الفرنسي موضوع تشكيل هيئة التحكيم صراحة حيث نصت المادة (1454) مرافعات على أنه في حال تحديد عدد زوجي فلمحكمة التحكيم أن تختار محكما سواء اتفق الأطراف على ذلك او لم يتفقوا، أو يتولى الأمر المحكمون الذين تم اختيارهم، وإذا اختلفوا فيتولى ذلك رئيس المحكمة الابتدائية.

[4] بريري، محمود مختار احمد: مرجع سابق, ص80

[5] انظر المواد (16,13,12,11,6) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.

أما إتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي فقد نظمت موضـــوع تشـــكيل هيئـــة التحكيم في المادة 15 من الاتفاقية المذكورة حيث نصت على أن " 1-تتألف هيئة التحكيم مـــن ثلاثة أعضاء ويجوز للطرفين الإتفاق على محكم واحد "

فالأصل ترك تشكيل محكمة التحكيم لحرية الأطراف سواء تولوا ذلك بأنفسهم أو فوضوا جهة معينة لتتولى هذه المهمة ، أما إذا لم يوجد مثل هذا الإتفاق أو تعذر التشكيل ، فيتولى الأمر الجهة التي يحددها القانون الوطني لكل دولة .

من خلال ما سبق يتبين أن القاعدة العامة في تشكيل هيئـــة التحكـــيم منوطـــة بـــإرادة الأطراف، ولكن في حال عدم الاتفاق بين الأطراف على أية جزئيه متعلقة بتشكيل هيئه التحكيم يتم إحالة الأمر إلى الجهة المعنية وفق ما ينظمه القانون الوطني لكل دوله.

وسيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين يتناول الفرع الأول الشروط الواجب توفرها فـــي المحكم ويتناول الفرع الثاني اختيار المحكمين.

الفرع الأول: الشروط الواجب توفرها في المحكم

يجب ابتداء أن يتوفر في المحكم عدة شروط حتى يستطيع القيام بالمهمة الموكلة اليـــه ، حيث لا يكفي توفر الأهلية المدنية التي تخضع للقانون الشخصي عند الفرد ليكون محكما، وإنما يلزم توفر شروط أخرى، هي في الغالب شروط صلاحيته لممارسة العمل القضائي، مثل شـــرط الجنسية، أو شرط مزاولة مهنه معينه، أو مراعاة القيود الواردة في القوانين الوطنية المختلفـــة، مثل أن لا يكون المحكم قاصراً، أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية أو مفلساً، فهذه الشروط تتعلق بالاختصاص بالتحكيم، ولها أثرها في صحة الحكم أو بطلانه وهي بهذه المثابـــة تخضع للقانون الذي يحكم الإجراءات[1].

---

[1] عبد الله، عز الدين: **تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص**. مجلة مصر المعاصرة. القاهرة العدد 371. يناير سنة 1978. ص 54.

فالشروط المطلوب توافرها في المحكم هي لغرض ضمان الحيدة و الاستقلال حتى يطمئن الطرفان للقرار الذي سيصدره هذا المحكم، فالمحكم لا يعتبر و كيلا عن أحد الأطراف أو مدافعا عنه، وإنما الاختيار لهذا المحكم هو تفويض من الشخص أحد الأطراف لشخص أخر بأن يقوم بحل النزاع، مع قبول الشخص المفوض بما يحرره المحكم[1].

وبالنظر إلى القوانين المختلفة، فإنها تضع نصوصا تحدد وتنظم شروطا معينة للشخص الذي يمكن أن تعهد إليه مهمة التحكيم و هي بالغالب نفس الشروط التي يجب أن تتوفر في القاضي.

حيث جاء في مجلة الأحكام العدلية "أن المحكم بمنزلة القاضي المولى من طرف السلطان للحكم بين الطرفين و لذلك يجب أن يكون المحكم حائزا للشروط المشروط وجودها في القاضي"[2]، وهذا لا يعني بالضرورة أن يتم اختيار القاضي لمهمة التحكيم.

في حين نصت المادة (502) من قانون المرافعات المصري على أنه "لا يجوز أن يكون المحكم قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب عقوبة جنائية أو مفلساً لم يرد إليه اعتباره".

أما قانون التحكيم الفلسطيني فقد نص في المادة التاسعة على أنه "يجب أن يكون المحكم أهلا للتصرفات القانونية، متمتعا بحقوقه المدنية غير محكوم عليه في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة أو مفلسا لم يرد إليه اعتباره".

ويمكن حصر الشروط الواجب توفرها في المحكم بشكل عام حسب ما ورد في عدد من القوانين بما يلي:

---

[1] سامي، فوزي محمد مرجع سابق ص 153.

[2] حيدر، علي: **درر الحكام في شرح مجلة الاحكام.** الكتاب الثاني عشر. بيروت. بغداد.

أولا: يجب أن يكون المحكم شخصا طبيعيا ولا يجوز أن يكون شخصا معنويا، وهـذا الشرط يمكن استنتاجه من النصوص القانونية دون أن يرد ذلك صراحة[1].

وإذا عين إتفاق التحكيم شخصا معنويا– فإن مهمته تقتصر على تنظيم التحكيم – وعليه فان المحكم لا يكون إلا شخصا طبيعيا[2].

أما إذا عين إتفاق التحكيم شخصا معنويا , كأن ينص فيه انه إذا ثار خلاف بسبب العقد فيصار إلى تسويته بالتحكيم عن طريق مركز للتحكيم مثل غرفة التجارة الدولية[3]، فهذا يعني أن مركز التحكيم يقوم بتنظيم عملية التحكيم فقط[4].

ثانيا:أن يكون المحكم متمتعا بالأهلية الكاملة وفقا لقانونه الشخصي، ولا فرق في كونه ذكرا أو أنثى، وتنص بعض الدول في تشريعاتها على وجوب أن يتم اختيـار المحكمـين مـن مواطني هذه الدولة كما هو الحال في قوانين كولومبيا والإكوادور إلا انه في تشريعات أخـرى يجوز أن يكون المحكم أجنبياً، أيضاً لا يشترط أن يكون للمحكم مهنـه معينـه[5]، إلا أن بعـض القوانين تشترط أن يكون للمحكم مهنة معينه كأن يكون محامي مثلا[6]، فالقانون الإسباني يشـترط أن يكون المحكم من المحامين في حالة حسم النزاع طبقا لأحكام القانون[7].

---

[1] إلا أن القانون اللبناني نص في المادة (768) من قانون أصول المحاكمات المدنية بأن لا تولى مهمة المحكم لغير شخص طبيعي وإذا عين عقد التحكيم شخصا معنويا فتقتصر مهمته على تنظيم التحكيم "فهو نص صراحة على أن مهمة التحكيم لا توكل إلا لشخص طبيعي".

[2] الجدير بالذكر أنه من الجائز إتفاق الخصوم على تعيين محكم واحد، يجهل القراءة والكتابة بشرط أن يعينوا شخصا آخر لمجرد كتابة الحكم وتحرير الأوراق اللازمة لمباشرة العملية. شمس مرعي: **التحكيم في منازعات مشـروع العـام**. دون طبعة. القاهرة. دار النهضة العربية. 1974. ص 421.

[3] تأسست غرفة التجارة الدولية في العام 1919، وتعد مؤسسة من مؤسسات التحكيم التجاري الدولي ، حيث تعمل محكمة التحكيم الدولية التابعة لغرفة التجارة على حل المنازعات التجارية الدولية بمعدل 500 قضية سنويا.

[4] سامي، فوزي محمد: **التحكيم التجاري الدولي**. ج5، ط1، عمان. دار الثقافة للنشر والتوزيع. 1997. ص 155.

[5] ينص القانون المصري على عدم جواز اختيار القاضي محكما الا بموافقة جهة قضائية عليا هي المجلس الأعلى للهيئات القضائية في مصر.

[6] سامي، فوزي محمد .المرجع السابق. ص 156 .

[7] المادة رقم 12 فقرة 2 من القانون الإسباني الخاص بالتحكيم رقم 1988/36 الصادر في 5 كانون الاول 1988.

يتضح من خلال ما سبق أن أهلية المحكم منوطة بقانونه الشخصي الذي يحدد أهليته والشروط الواجب توفرها فيه .

الفرع الثاني: إختيار المحكيمين

إن القواعد الدولية المعمول بها في حقل التحكيم الدولي فهي وبصورة عامة لا تضع شروطا خاصة لمن يمكن اختياره محكما، ذلك لأن القاعدة في هذه الحالة ترك الحرية للطرفين في إختيار الشخص أو الأشخاص الذين يثقون بهم و بنزاهتهم و الاطمئنان إلى عدالتهم في اتخاذ القرار الخاص بحسم النزاع.

في حين نصت بعض الاتفاقيات الدولية صراحة على إمكانية قيام الأجنبي بمهمة المحكم، فقد ورد في الاتفاقية الأوروبية لعام 1961م[1] في المادة الثالثة منها على أنه في التحكيم الخاضع لهذه الاتفاقية يمكن للأجانب أن يعينوا المحكمين ، كما نصت بعض الاتفاقيات والقواعد الدولية على عدم تعين محكم ممن يحملون جنسية أحد أطراف النزاع، وذلك في حال تعينه من قبل سلطة التعيين.

كما نصت الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري سنة 1987 على انه "لا يجوز أن يكون المحكمون الذين يتم تعيينهم من مواطني أحد الطرفين"، كما نصت هذه الإتفاقية في المادة 14 منها على أن " يعد مجلس الإدارة سنويا قائمة بأسماء المحكمين من كبار رجال القانون والقضاء أو من ذوي الخبرة العالية و الإطلاع الواسع في التجارة أو الصناعة أو المال ومتمتعين بالأخلاق العالية والسمعة الحسنة " وقد ورد نص مشابه في اتفاقية واشنطن لعام 1965 الخاصة بحل المنازعات المتعلقة بالاستثمارات، حيث جاء في المادة 38 من الاتفاقية انه "عندما يقوم رئيس مجلس إدارة تسوية المنازعات الخاصة بالاستثمارات بتعيين المحكم أو المحكمين يجب أن لا يكونوا من مواطني دولة احد الأطراف"، مثل هذا النص جاء في القواعد الدولية الخاصة بالتحكيم.

---

[1] المعاهدة الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المبرمة في جنيف.

من الأمثلة على ذلك ما جاء في الفقرة السادسة من المادة الثانية من قواعـد التحكـيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية، أيضا ما جاء في الفقرة الرابعة من المادة السادسة مـن قواعـد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة في القانون التجاري الدولي[1].

مما يتعلق بهذا الخصوص ايضا ما جاء في القانون النموذجي للتحكيم التجاري الـدولي الذي وضعته لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة[2]، حيث جاء في الفقرة الأولـى من المادة 11 "لا يمنع أي شخص بسبب جنسيته من العمل كمحكم ما لم يتفق الطرفـان علـى خلاف ذلك"[3].

[1] انظر المادة 18 الفقرة الرابعة من الاتفاقية المذكورة.

[2] وضعت اللجنة المذكورة القانون النموذجي لكي تستطيع الدول الرجوع اليه عند إصدار قوانين التحكيم التجاري الـدولي أو عند تعديل قوانينها ،حيث أعدت جمهورية مصر العربية مشروعا للتحكيم التجاري الدولي استمدت نصوصه من القانون النموذجي المذكور.

[3] سامي، فوزي محمد. مرجع سابق. ص 157.

المبحث الثاني

القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

سوف أتناول في هذا المبحث القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، والنظريات التي تعالج هذا الموضوع بكافة جوانبه، حيث أن من أهم الأسس التي يقوم عليها التحكيم، تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وذلك لأنه يعد الركيزة الأساسية التي يقوم عليها إصدار حكم التحكيم الذي يترتب عليه حسم النزاع و إنهاؤه.

فالقاضي لا يجد صعوبة في معرفة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع لأنه يقوم بتطبيق النصوص القانونية للدولة التي يستمد منها سلطته، ويترتب على ذلك تطبيق القانون أو قواعد القانون الدولي الخاصة بتنازع القوانين لتلك الدولة ، والتي تتركز مهمتها في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي ، ويتم ذلك عادة من خلال ما يسمى بقواعد الإسناد ، أو قواعد تنازع القوانين[1].

أما المحكم فانه يستمد سلطته من اتفاق التحكيم، أي إرادة الطرفين التي تحدد ما يتعلق بالتحكيم وما هو القانون الواجب التطبيق على النزاع.

حيث يظهر في النزاع المطروح على التحكيم مسألة تنازع القوانين في مرحلتين، أولهما أمام هيئة التحكيم أو المحكم عندما يراد تحديد القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع، ثانيهما أمام القاضي عندما يتدخل ليس فقط من أجل تنفيذ حكم التحكيم بل كذلك أثناء إجراءات التحكيم أو قبل البدء فيها، مثال ذلك عندما يعترض أحد الأطراف على صحة اتفاق التحكيم ويطلب إبطاله أو عندما يطلب الطرف المذكور من القاضي التدخل للنظر في النزاع[2].

وسيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين يعالج المطلب الأول موضوع: السلطة التقديرية للمحكم الدولي في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع و يتناول المطلب الثاني: قانون الإرادة.

---

[1] دواس، امين رجا رشيد، مرجع سابق، ص21.

[2] سامي، فوزي محمد: مرجع سابق، ص185.

المطلب الأول: السلطة التقديرية للمحكم الدولي في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

من الآراء التي طرحت ولاقت قبولا بصدد معرفة القانون الواجب التطبيق في مجال حل المنازعات في المعاملات التجارية الدولية ،الرأي القائل بأن على المحكم تطبيق أحكام القانون الذي اختاره أطراف النزاع، تطبيقا لمبدأ احترام إرادة الأطراف في اختيار القانون أو القواعد القانونية التي يجب على المحكم إتباعها لحسم النزاع، وقد يكون القانون الذي اختاره الأطراف لا علاقة له بالعقد، فلا هو مكان الانعقاد ولا هو قانون مكان التنفيذ وذلك لأن الأطراف عندما يختارون قانونا لبلد ما لا علاقة له بالعقد الذي نشأ عنه النزاع، فهم في الغالب يهدفون إلى اختيار قانون محايد أو قانون متطور في أحكامه ليطبق على النزاع [1].

وفي رأيي فأنه يجب على المحكم تطبيق أحكام القانون الذي اختاره أطراف النزاع وذلك لأن اللجوء للتحكيم التجاري الدولي قد يكون الهدف الرئيسي منه هو تطبيق قانون غير القانون الوطني، بسبب تماشي هذا القانون مع متطلبات التجارة الدولية والعقود التي تبرم بصددها.

وفي العقود الدولية قد يتفق الأطراف على عدم اختيار أي قانون ليطبق على النزاع، فهم يرمون إلى إخضاع النزاع إلى قواعد العرف والعادات السائدة في التعامل التجاري الدولي.

حيث نصت المادة 19 من قانون التحكيم الفلسطيني على انه (1- يجوز للأطراف في التحكيم الدولي الإتفاق على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فإن لم يتفقوا تطبق هيئة التحكيم القانون الفلسطيني. 2- إذا كان التحكيم دولياً ويجري في فلسطين ولم يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق)

فتطبق القواعد الموضوعية التي تشير إليها قواعد تنازع القوانين في القانون الفلسطيني مع عدم تطبيق قواعد الإحالة إلا إذا أدت إلى تطبيق أحكام القانون الفلسطيني، وفي جميع الأحوال تراعي هيئة التحكيم الأعراف المطبقة على العلاقة بين أطراف النزاع).

---

[1] سامي، فوزي محمد: مرجع سابق، ص185.

كما نصت المادة 39 من قانون التحكيم المصري على ان(تطبق هيئة التحكيم علي موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك -2. وإذا لم يتفق الطرفان علي القواعد القانونية واجبة التطبيق علي موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالا بالنزاع -3 . يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية في نوع المعاملة -4. ويجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة علي تفويضها بالصلح ، أن تفصل في موضوع النزاع علي مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون.

وسيتم تقسيم المطلب الأول إلى ثلاثة فروع يتناول الفـرع الأول: موقـف المعاهـدات الدولية والأنظمة القانونية من السلطة التقديرية للمحكم ، ويتناول الفرع الثاني: النظريات المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، كما يتناول الفرع الثالـث: رأي القـانون المصري والفلسطيني بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع على النحو التالي:

الفرع الأول: موقف المعاهدات الدولية والأنظمة القانونية من السلطة التقديرية للمحكم

إن تعيين القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف قد يكون صريحا، وذلك بـذكره فـي اتفاق التحكيم، سواء أكان ذلك في بنود شرط التحكيم، أو في مشارطة التحكيم، أو يوجد في

الغالب مدونا في العقود النموذجية الدولية[1]، حيث تبين القـانون الواجـب التطبيـق علـى موضوع النزاع[2].

---

[1] أن قانون التجارة الدولية يهدف إما إلى توحيد القواعد الموضوعية للعلاقة القانونية أو إلى توحيد قاعدة الإسناد فى شأن تعيين القانون الواجب التطبيق على البيع التجاري الدولي. ولما كان توحيد القواعد الموضوعية للعلاقة القانونية هو الهدف الأمثل للتجارة الدولية ، فإن من أهم صور التوحيد وجود قواعد موحدة للتعاقد تتبعها مختلف الدول في معاملاتها. ولـذلك تتجه المعاملات التجارية الدولية إلى خلق الشكل النموذجي للعقد الدولي بحيث أصبح العقد الـدولي يوصـف بأنـه عقـد نموذجي، وان أمكن تعدد نماذج العقود التي تعالج بيع سلعة واحدة بحيث يتبنى المتعاقدون الشكل الذي يروق لهم ويتفق مع ظروف تعاقدهم حيث أن العقود الدولية تتبنى عادة شروطاً عامة لبيع السلعة محل العقد بحيث أن هذه الشروط أصـبحت توصف بأنها عقود نموذجية، مثال ذلك ما جاء في العقود النموذجية الخاصة بتوريد المواد الإنشائية بين الـدول الغربيـة حيث نصت المادة (13) على أن العقد وما ينشأ عنه من منازعات تخضع لقانون دولة البائع ، إلا إذا اتفقت الأطراف على غير ذلك . كذلك ما جاء في المادة (110) من الشروط العامة لتسليم البضائع بين مؤسسات الدول الأعضاء فـي مجلـس التعاضد الاقتصادي المشترك، حول تطبيق قانون بلد البائع بالنسبة لتنظيم العلاقات التي ينظمها العقد.

[2] سامي، فوزي محمد: مرجع سابق، ص186.

إلا أن هؤلاء الأطراف قد لا يفصحون صراحة عن إرادتهم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وفي هذه الحالة فإن المحكم يترتب عليه الكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف حتى يستطيع تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

أما الإرادة المفترضة فتظهر وتتحقق عند عدم معرفة الإرادة الضمنية للأطراف وغالبا ما يصار الى معرفة الإرادة المفترضة للأطراف[1]، وفي اكثر الأحوال يظهر أن الأطراف قد قصدوا تطبيق قانون مكان التحكيم.

كما قد يقوم المحكم بتطبيق قواعد عرفية متبعة في التعامل التجاري الدولي[2]، عند عدم التعرف على الإرادة الضمنية للأطراف.

ولكن المشكلة لا تقف عند معرفة القانون الواجب التطبيق فقط على موضوع النزاع، وإنما من الضروري معرفة قواعد القانون الدولي الخاص التي ستطبق، أي قواعد الإسناد التي يستهدي بها المحكم لمعرفة القواعد القانونية التي سيطبقها لحسم النزاع، إذ أن اختيار الأطراف لقانون معين أو معرفة ذلك القانون لا يغني عن البحث في قواعد القانون الدولي الخاص بتنازع القوانين ، وسبب البحث عن هذه القواعد هو أن المنازعات الدولية غالبا ما تتعلق بالمسائل العقدية ولكنها قد تشتمل على مسائل تتعلق بالأهلية، أو بالمسؤولية غير العقدية أو بالمنافسات غير المشروعة[3].

---

[1] هذه الطريقة متبعة في بريطانيا وفرنسا والمانيا.

[2] قد يقوم المحكم بتطبيق قواعد ما يسمى lex-mercatoria وهذه القواعد يمكن تطبيقها عند عدم معرفة الإرادة الصريحة أو الضمنية للطرفين وتلك القواعد هي مجموعة القواعد العرفية المتبعة في التعامل التجاري الدولي وهناك من يذهب إلى تطبيق ما يسمى tronc commun ومفادها عند عدم تعيين القانون الواجب التطبيق من الطرفين وعدم معرفة إرادتهما الضمنية على المحكم أن يطبق القواعد المشتركة لقانون كل من الطرفين ، أو قانون كل من الطرفين ، فإنه في هذه الحالة لم يتم النص على قانون معين بسبب جهلهما بقانون كل طرف بالنسبة للآخر ، ولكنهما لا يذهبان الى أكثر من ذلك بحيث يفرضان ما هو مشترك في قوانينهما الوطنية.

[3] سامي ، فوزي محمد . المرجع السابق، ص188.

ونادرا ما يتفق الأطراف على تعيين قواعد القانون الدولي الخاص الواجبة التطبيق عند نظر المحكم للنزاع، وعليه يجب البحث عن كيفية تحديد القواعد الخاصة بتنازع القوانين لكـــي تطبق على المسائل التي تخرج عن نطاق القانون الذي تم اختياره من قبل أطراف النزاع.

فالأصل في النظام الدولي، أن المحكم الدولي يكون مقيدا بالقانون الذي اختاره الطرفان، مع تخويله حرية اختيار القانون الأنسب إذا لم يوجد بينهما إتفاق بشان القانون الواجب التطبيـــق على موضوع النزاع، بحيث يملك المحكم استبعاد هذا القانون، وذلك كله مع ضرورة مراعـــاة المحكم الدولي للأعراف والعادات التجارية الجارية فضلا عن شروط العقد، وهو ما يظهر مـــن جماع نصوص اتفاقيات و أنظمة التحكيم التجاري الدولي[1].

فقد نصت المادة 7 من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961 المطابقة لنص المادة 1/33 و2 من قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة، على أن يكون للطرفين حرية تحديد القانون الذي يجب على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع، فإذا لم يحدد هذا القـــانون عـــن طريق الطرفين طبق المحكمون قاعدة تنازع القوانين التي يرونها مناسبة لموضوع النزاع، وفي الحالتين يراعي المحكمون شروط العقد والعادات التجارية الجارية[2].

كما نص القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في المادة (32) منه على أن "تطبق هيئة التحكيم قانون الإرادة الذي اختاره الأطراف[3]، بالتالي فإن إختيار الأطراف لقانون دوله ما أو لنظامها القانوني يعد إشارة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة وليس إلى قواعدها المتعلقـــة بتنازع القوانين ما لم يتفق على خلاف ذلك[3].

اذا يجب على المحكم عند تطبيق القانون المختص مراعـــاة أحكـــام العقـــد وعـــادات وأعراف التجارة الدولية.

---

[1] المصري، حسني: **التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة، دون ط**، القاهرة، دار الكتب القانونية، 2006، ص 338.

[2] عبد المجيد، منير .مرجع السابق، ص 157.

[3] عبد المجيد، منير:. مرجع سابق، ص157.

فقد نصت الاتفاقية الأوروبية (جنيف) لسنه1961 على حرية الطرفين في تحديد القانون الذي يلتزم المحكم بتطبيقه، وفي حال عدم وجود بيان من الطرفين يجب على المحكم تطبيق قواعد الإسناد الملائمة, وفي كلتا الحالتين ينبغي على المحكم مراعاة اشتراطات العقد وعادات التجارة الدولية[1]، كما تضمنت المادة 13\5 من نظام غرفة التجارة الدولية نصا مماثلا لما سبق، فقواعد الإسناد غالبا ما يتكفل المشرع الوطني بتنظيمها بتشريع، وقد يتم تنظيمها عن طريق إتفاقيات دولية، ويمكن في حالة عدم وجود تشريع أو إتفاق دولي إستكمالها بالرجوع إلى المصادر الأخرى وهي العرف والقضاء والفقه[2].

بالإضافة الى أن المحكم وهو بصدد تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع من الممكن أن يتعارض محتوى هذا القانون مع النظام العام في الدولة المنوط بها تنفيذ الحكم التحكيمي وأن هذا التعارض يكون سببا لرفض التنفيذ ، ولكن ليس إختيار القانون هو الذي يثير مشكلة ، بل الحلول الموضوعية لهذا القانون ، فعلى سبيل المثال فإن حكم تحكيم يطالب أحد الأطراف بدفع فوائد ، لا يمكن تنفيذه في المملكة العربية السعودية بصرف النظر عن كون الحكم يستند على القانون الألماني ، أو الانجليزي أو الفرنسي أو أي قانون آخر بسبب أنه يقرر حلا يتعارض مع مفهوم النظام العام كما حددته الشريعة الإسلامية والسبب في رفض التنفيذ ليس

هو إختيار قانون بدلا من قانون آخر بل تعارض الحكم مع النظام العام في الدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها[3].

يتضح من خلال هذه النصوص أنه يؤخذ بعادات التجارة الدولية بوصفها عنصرا من عناصر القانون الذي يتم الفصل في النزاع على أساسه، وذلك لأهميتها وملاءمتها لظروف التجارة الدولية، لكن تطبيق هذه العادات إنما يأتي بصورة تبعية أو تكميلية أو احتياطية لان

---

[1] المادة (1\7) من الاتفاقية الأوروبية.

[2] الهداوي، حسن: **تنازع القوانين**. دون ط، عمان. مكتبة دار الثقافة.1995. ص 49.

[3] الرفاعي، أشرف عبد العليم القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية .دون طبعة.الاسكندرية.دار الفكر الجامعي.2003 .ص 6.

الأولوية_ كما سبق توضيحه_ هي للقانون[1] الذي اتفق الأطراف على تطبيقه، ولمنهج التنــازع ،ولا خلاف في أن عادات وأعراف التجارة الدولية لا تطبق إلا بما لا يتعــارض مــع القــانون الواجب التطبيق، إذا لم يكن هناك نص يتضمن الإحالة إليها.

يتبين من خلال ما سبق مدى التعايش بين منهج قواعد التنازع وعادات وأعراف التجارة الدولية، والموضوع هنا لا يتعلق بالتنازع بين المنهجين وإنما يتعلق بمقــدار التكامــل بينهمــا، وعليه الأصل انه في جميع الأحوال يجب عند تطبيق القانون المختص مراعاة أحكــام العقــد، وعادات التجارة الدولية وعدم المخالفة للنظام العام .

الفرع الثاني: النظريات المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

ظهر عدد من النظريات التي تعنى بتحديد القانون المختص، حيث تبنــت كــل نظريــة وجهة نظر مختلفة يمكن الإعتماد عليها لتحديد القانون الواجب التطبيــق علــى النــزاع وهــذه النظريات هي : النظرية الشخصية البحتة أو فكرة الإدماج، ونظريــة التركيــز الموضــوعية، ونظرية ازدواج نظام العقد، واخيرا نظرية الأداء المميز. حيث سأقوم بعــرض مــوجز لهــذه النظريات والأساس الذي حددت بموجبه ما هو القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع .

أولاً: النظرية الشخصية البحتة أو فكرة الإدماج وتجد أساسها في مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون، وليس مبدأ قانون الإرادة، و يتم إدماج القانون إما عن طريق ترديد نصوصه في صلب العقد، أو عن طريق الإحالة إلى ذلك القانون، ولهذا ذهب جانب من الفقه المصري إلــى التفرقة بين مبدأ سلطان الإرادة مباشرة في اختيار القانون، وما يترتب على ذلك مــن اعتبــار

---

[1] استبعدت المادة (6) من نظام تحكيم المؤسسة العربية لضمان الاستثمار تطبيق أي قانون وطني معين على نزاع الاستثمار، وأوجبت على محكمة التحكيم تطبيق نصوص اتفاقية مؤسسة ضمان الاستثمار. والمصادر المنصوص عليها في المادة (6) من الاتفاقية وفي حال عدم وجود هذه المصادر في الاتفاقية يجب تطبيق المبادئ القانونية المشتركة بين الدول المتعاقدة وتلك المعترف بها القانون الدولي.

القانون في حكم الشروط التعاقدية، وبين مبدأ قانون الإرادة الـذي يستند إلـى قاعـدة إسـناد وضعية[1].

وبرأيي _طبقا لهذه النظرية_، فإن أطراف النزاع بإمكانهم استبعاد بعض النصوص من القانون المختار ولهم تجزئة العقد، واختيار أكثر من قانون لحكم عناصره المختلفة وفـي هـذه الحالة يعتبر العقد رابطة متعددة الجوانب.

وهذه النظرية الشخصية ترى أن القانون ينزل منزلة الشروط التعاقدية في عقود التجارة الدولية ويأخذ حكمها، بحيث يفقد طابعه القانوني بمعناه الدقيق، أي باعتباره قرارا صادرا مـن المشرع، عندئذ لا يتأثر القانون المدمج بما يطرأ عليه من تعديل أو إلغاء، بمعنى انه لا يسـري إلا القانون المدمج فيه استنادا إلى مبدأ سلطان الإرادة بحالته التي كان عليها وقت إبرامه، مـع استبعاد جميع ما يطرأ عليه من تعديلات تشريعية حتى ولو كانت هذه التعديلات تمثـل قـوانين آمرة وهو ما يطلق عليه شرط الثبات التشريعي[2].

وهذا القانون المختار يمكن أن يتم تعديله من جانب الأطراف في أية مرحلة يكون عليها التحكيم كغيره من بنود العقد، ومن المؤكد أن هذه النظرية الشخصية تؤدي إلى تلاشي كل فكرة تتعلق بقواعد تنازع القوانين، استنادا إلى ما للإرادة من شبه قوة مطلقة دون الاستناد إلى قـانون يبرر وجودها[3].

بالإضافة إلى انه متى كان القانون المدمج في العقد في حكم الشرط التعاقـدي "فأنـه لا يقوى على إبطال هذا العقد، كما أن خطأ محكمة الموضوع في تفسيره ينـأي رقابـة محكمـة النقض، ما لم يؤد التفسير إلى امتداد رقابة المسخ"[4].

---

[1] صادق، هاشم: **تنازع القوانين**. ط3. الاسكندرية. منشأة المعارف. 1974، ص653. هامش ص651-656.

[2] عبد المجيد، منير: مرجع سابق، ص160.

[3] ما لم يتعارض هذا الشرط التعاقدي مع النظام العام بمفهومه الدولي.

[4] عبد المجيد، منير: مرجع سابق، ص163.

إلا أنه في بعض الأحيان يكون التعاون المتطلب في إطار التجارة الدولية يتنافى مع شرط الثبات التشريعي[1]، وهو ما كان دافعا إلى نشوء نماذج جديدة من العقود متحركة المضمون استنادا إلى شرط "إعادة النظر" أو شرط الملاءمة مع الظروف الاقتصادية بهدف بعث الثقة والاستقرار في المعاملات الدولية، على أساس أن هناك متغيرات لا يمكن التكهن بها مقدما[2].

إلا أن عددا من الفقهاء[3] إتجه الى أن إختيار القانون يجب أن يكون على صلة بالعقد ، سواء أكانت الصلة قائمة على جنسية الأطراف، أو مكان الإبرام ، أو مكان التنفيذ، أو على مقتضيات التجارة الدولية.

ثانياً: نظرية التركيز الموضوعية: تقوم هذه النظرية على انتفاء أرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، ذلك أن دور الإرادة هنا هو تركيز العقد في مكان معين، أي تحديد مقره وفقا للعناصر الواقعية المرتبطة به ارتباطا وثيقا والمحيطة بظروف التعاقد وموضوعه، وذلك حماية للمصالح الاقتصادية والاجتماعية في هذا المكان، ولا شك أن إنكار دور الإرادة طبقا لهذه النظرية في اختيار القانون يؤدي بالتالي إلى استبعاد فكرة الإدماج المؤسسة على سلطان الإرادة وفكرة التركيز تحتفظ للقانون المحدد بطابع القانون،

وهي الطريقة المثالية لوحدة القانون المطبق على العلاقة، وبهذا تتفادى تجزئة العلاقة الواحدة بين عدة قوانين، وهي التجزئة التي يمكن أن تؤدي إلى نتائج غير مترابطة[4].

---

[1] هذا الشرط له اهميته في عقود الإمتياز طويلة المدى وأنه إذا لم يكن هذا الشرط صحيحا ، فأنه قد يمكن الدولة من التنصل من إلتزاماتها بإصدار تشريع معين ، ومثل هذا التشريع لا يمكن تبريره إلا بهدف المصلحة العامة في حالة التأميم الذي يؤدي الى التعويض الملائم . ولفكرة الثبات التشريعي وجه آخر ،ذلك أن العقد قد يتضمن بداءة شرطا مؤداه أن القانون الذي يسري عليه عند النزاع، هو القائم وقت إبرامه مع استبعاد أي تعديل تشريعي يطرأ عليه ، مثال ذلك الإتفاق الذي أبرم بين الكاميرون وإحدى شركات التنقيب عن البترول وإستغلاله ، حيث ورد أنه لا يمكن أن يطبق على الشركة دون موافقتها سلفا أي تعديل لاحق على النصوص المذكورة فيما بعد خلال مدة الإتفاق .

[2] عبد المجيد، منير مرجع سابق، ص164.

[3] الفقيه باتيفول.

[4] عبد المجيد، منير مرجع سابق، ص165.

"ومتى تم تركيز العقد في مكان معين، فأن الأطراف يكونون قد ارتضوا سلفا الخضوع لنظام تشريعي بكل ما يصيبه من تعديلات تشريعية[1].

والتركيز يحمل طابعا إقليميا في الغالب عن طريق توافر عناصر مادية تسمح بإسناد العلاقة في مكان معين، وفي حالة تعدد أماكن التنفيذ، يجب البحث عن مكان التنفيذ الرئيسي والاعتداد بقانون هذا المكان دون أماكن التنفيذ الثانوية ويعتبر هذا المكان الرئيسي مركز الثقل في العلاقة[2].

أيضا قد تكون اللغة أو المحكم رابطا وتركيزا للعلاقة القانونية ومركز ثقل لها[3]، ففيما يتعلق بهذه النظرية فأنه يجب على القاضي أن يراقب اختيار الخصم وأن يصحح هذا الاختيار في حال كان لا يعبر عن مركز الثقل في العلاقة وأن يرد العلاقة إلى مكانها الصحيح.

ويتم التركيز عادة في الحالات التي لا يتوقع فيها الأطراف حدوث مشكلة ، أو في الحالات التي يكون فيها الأطراف على دراية بالمسأله ولكنهم لم يتوصلوا الى إتفاق بشأنها[4].

وبهذا حكمت المحكمة الفدرالية السويسرية حيث أن المحكمة ليست ملزمة باتفاق الخصوم، وخلصت إلى بحث الأداء المميز في العقد لاستخلاص القانون الواجب التطبيق[5].

---

[1] عبد المجيد، منير: حول **مفهوم القانون المحدد بمعرفة الأطراف في العقود الخاصة الدولية. المحاماة.** 1991م. العدد 827. ص42 وما بعدها.

[2] عبد المجيد ، منير : **قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية** .مرجع سابق ص 166

[3] حيث تمثل براءات الإختراع والعلامات التجارية محلا لبيع أو شراء دولي ، بالتالي فأن الحقوق المتعلقة بها تعتبر كائنة في إقليم الدولة التي يسري فيها الحظر المتعلق بمنع الغير من صناعة وبيع الشيئ المخترع أو إستعمال العلامة في حدود دولة معينة

[4] مثال ذلك الحكم الصادر من قبل هيئة التحكيم لدى المركز الإقليمي للتحكيم بالقاهرة بتاريخ 7 يوليو 1985 في النزاع بين شركة فلوح سرفيس النمساوية ووزير الزراعة المصري حيث جاء فيه " تركيز العلاقةموضوع النزاع في الإقليم المصري إستنادا الى أن العقد بين الطرفين أبرم في مصر ، وأن مصر هي قانون مكان التنفيذ وهي في ذات الوقت قانون الدولة التي وقع فيها الحادث " حادث تحطم الطائرة" وخلصت الهيئة من عناصر الدعوى المشار اليها أن القانون المصري هو الواجب التطبيق في شأن مسؤوليةوزارة الزراعة عن تعويض الضرر الذي لحق الطائرة لما نسب اليها من خطأ أدى الى وقوع الحادث.

[5] عبد المجيد، منير: مرجع سابق. ص 170.

يتضح من خلال هذه النظرية أنه في حال انعدام الرابطة بين القانون الواجب التطبيق والعلاقة فإن ذلك يعتبر أحيانا من قبيل الغش نحو القانون، وقد يؤخذ على نظرية التركيز أنها تمنح القاضي سلطة تصحيح التحديد الصريح للقانون الواجب التطبيق، على أساس أن الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق قد ينتفي معه قيام رابطة بينه وبين العقد ومن ثم فإنها تؤدي إلى الإخلال بتوقعات الأطراف[1].

ثالثا: نظرية ازدواج نظام العقد: إن مجرد الاختيار الإرادي والصريح للقانون الواجب التطبيق على العقود لا يعتبر عملية تركيز، وأن التركيز لا يكون إلا في حالة انتفاء الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق، فيتم استبعاد فكرة الاختيار الضمني أو المفترض، على أساس أن مثل هذا الاختيار يتسم بالطابع الوهمي أو الخيالي، لان الإرادة أما أن توجد أو لا توجد[2].

واختيار القانون يعد طبقا لهذه النظرية قاعدة قانون دولي خاص مادي، خاص بالعلاقات الدولية، وليس هناك ثمة قيد على هذا الاختيار، بمعنى انه لا يلزم وجود صلة أو رابطة بين القانون المختار والعلاقة التعاقدية حتى يتمشى مع علاقات التجارة الدولية[3].

حيث قضت هيئة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بأن "الخصوم باتفاقهم المشترك لهم سلطة تحديد القانون المادي الذي يطبقه المحكم، فإذا لم يكن هناك اتفاق من هذا القبيل، يطبق المحكم القانون المحدد بمقتضى قاعدة التنازع"[4].

وقد نصت اتفاقية جنيف في 21 ابريل 1961م الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي "على أنه على الإطراف تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع[5]، وفي حالة عدم إشارة الخصوم إلى القانون المشار إليه، يطبق المحكمون القانون الذي تحدده قاعدة التنازع الملائمة"[6].

---

[1] عبد المجيد، منير: مرجع سابق، ص 171.

[2] المرجع السابق، ص171.

[3] المرجع السابق، ص171.

[4] القضية رقم 3472 لسنة 1982م.

[5] المقصود من نص المعاهدة المشار اليها هو إختيار القواعد الموضوعية التي تحكم العلاقة ، وهو يتطلب الإختيار الصريح ، ومن ثم فإنه يستبعد الإختيار الضمني أو المفترض

[6] المادة السادسة من اتفاقية جنيف.

ويرى أنصار ازدواج العقد، انه إذا كان الاعتراف بالحرية المطلقة يسمح للخصوم باستبعاد النصوص الآمرة للقانون الذي يطبق على العقد في حالة الاختيار الصريح، فأنهم يرون استبعاد نظرية الغش نحو القانون التي تفترض وجود قانون ينطبق بصفة موضوعية، وأنه يجب البحث عن هذا العلاج في إطار النظام العام[1].

رابعا: نظرية الأداء المميز: تجد هذه النظرية أساسها في القضاء السويسري الذي أضاف على فكرة الرابطة الوثيقة نوعا من المرونة، عن طريق البحث عن المضمون المميز في العلاقة القانونية أي في الأداء المميز، وهذا الأداء المميز يعتبر ركيزة للإسناد، بالتالي يجعل العقد خاضعا إلى قانون المكان الذي يكون الأداء المميز متحققا فيه ، وهذا يتحقق دون الحاجة إلى بحث إرادة الخصوم، أو البحث عن أي عنصر خارج العلاقة، تبعا لذلك فأن توقعات الخصوم تبقى مضمونة بالإضافة إلى أنها تؤدي إلى وحدة القانون الواجب التطبيق وتفادي تشتيت العلاقة بين عدة قوانين مختلفة، ومن تطبيقات هذه النظرية[2]، ما يتعلق بالحساب الجاري، حيث يطبق قانون البنك الذي تم فيه فتح الحساب الجاري باعتبار أن أداء البنك في عملية الحساب الجاري يعد بمثابة الأداء المميز، وأن المصارف ترتبط بالوسط الاقتصادي الذي تمارس

فيه أنشطتها، والذي يسود فيه قوانين بوليس وأمن ذات تطبيق فوري، بحيث يحكم العديد من جوانب الحساب الجاري دون ثمة اعتبار لموطن العميل أو جنسيته[3].

---

[1] لا يمكن الإحتجاج بالنظام العام عادة إلا على التطبيق الفعلي للقانون الأجنبي المختار أو المحدد ، وليس مجرد إختيار القانون.

[2] يعتبر العنصر الهام والمميز في عقد بيع البضاعة ، قيام البائع بتسليم البضاعة ، وقانون هذا المكان هو الذي يحكم العلاقة ، كذلك فإن أداء المقرض في عقد القرض هو العنصر المميز ، مما يتعين معه تطبيق قانون موطن المقرض وهو الطرف الذي يلتزم بالأداء المميز.

[3] راجع عكاشة، محمد عبد العال: **قانون العمليات المصرفية الدولية**. دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية. دون ط.الأسكندرية. دار الجامعة الجديدة للنشر. سنة 1993م. ص279 وما بعدها.

وتخضع عمليات البنوك[1]، وعلى الأخص الاعتماد المستندي لقانون المكان الكائن فيه البنك أو الفرع الذي يقوم بتنفيذ العملية، وهو في الوقت نفسه يعتبر العنصر الجوهري والمميز لها في العملية[2]، فيحكم العقد برمته[3]، وقد تأيدت فكرة إسناد الاعتماد المستندي إلى قانون مكان التنفيذ الذي يحكم العقد، من محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في 27 فبراير[4].

ويعد الأداء المميز الذي يؤدي إلى تحديد قانون الحيز المكاني الأكثر ارتباطا بالعلاقة تطبيقا لفكرة الفعالية التي تسيطر على مسائل القانون الدولي الخاص[5].

حيث استبعدت محكمة النقض المصرية فكرة الكفالة في حكمها كأساس للاعتماد المستندي غير القابل للإلغاء حيث قالت: انه التزام مستقل عن العقد القائم بين البائع والمشتري[6].

أما فيما يتعلق بالقانون المدني المصري: فيمكن إيجاد سند لهذه النظرية في القانون المصري في نص المادة 24 من القانون المدني التي تبيح للقضاء الرجوع للمبادئ العامة في القانون الدولي الخاص لحل مشاكل التنازع في المسائل التي لم يرد بشأنها نص صريح، أن يجد مخرجا من جمود ضوابط الإسناد الاحتياطية المقررة في المادة 19 مدني[7].

الفرع الثالث: رأي القانون المصري والفلسطيني بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

وتتمة لما سبق لا بد من استعراض ما نص عليه كل من القانون المصري والقانون الفلسطيني فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

---

[1] تنص المادة العاشرة من القواعد الموحدة لغرفة التجارة الدولية بالنسبة للضمانات التعاقدية على أن " إذا كان الضمان لا يشير الى القانون الذي يحكمه ، فإن القانون الواجب التطبيق يكون هو قانون مكان المؤسسة الضامنه فإذا كان الضامن له أكثر من مؤسسة ، فإن القانون المطبق هو قانون الفرع الذي التزم بالضمان

[2] عوض، علي جمال الدين : **الإعتمادات المستندية**. دون ط. القاهرة. دون دار نشر. 1981. ص 37.

[3] عبد المجيد، منير: مرجع سابق، ص176

[4] نقض مدني في 27 فبراير 1984م، مجموعة المكتب الفني، الدائرة المدنية، ص551 وما بعدها رقم 105.

[5] عكاشة، عبد العال: مرجع سابق، ص141.

[6] نقض مدني 15 ابريل سنة 1954. مجموعة أحكام النقض. س5. ص767.

[7] صادق، هشام: **تنازع القوانين. الموجز في القانون الدولي الخاص**. مرجع سابق، ص313.

حيث نص القانون المدني المصري على "السماح للقضاء بالرجوع إلى المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص بحل مشاكل التنازع في المسائل التي لم يرد بشأنها نص صريح، أن يجد مخرجا من جمود ضوابط الإسناد الاحتياطية المقررة في المادة 19 مدني".

في حين نص قانون التحكيم الفلسطيني على أنه "يجوز للأطراف في التحكيم الدولي الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فأن لم يتفقوا تطبق هيئة التحكيم القانون الفلسطيني".

وذلك فيما إذا كان التحكيم دوليا ويجري في فلسطين ولم يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق، فتطبق القواعد الموضوعية التي تشير إليها قواعد تنازع القوانين في القانون الفلسطيني مع عدم تطبيق قواعد الإحالة، إلا إذا أدت إلى تطبيق أحكام القانون الفلسطيني، وفي جميع الأحوال تراعي هيئة التحكيم الأعراف المطبقة على العلاقة بين أطراف النزاع[1].

من خلال هذا النص فأن إرادة الأطراف هي التي يعول عليها لتحديد القانون الواجب التطبيق وفي حال عدم اتفاقهم فالأمر يترك هنا لهيئة التحكيم، بالإضافة إلى الإشارة في الفقرة الثانية إلى مراعاة الأعراف المطبقة على العلاقة بين أطراف النزاع حيث أن في ذلك تماشيا مع ما هو سائد على الصعيد الدولي من اعتبار أعراف وعادات التجارة الدولية من أهم المسائل التي تراعى وتطبق على الصعيد الدولي.

المطلب الثاني: قانون الإرادة

أهم المسائل المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع هو قانون الإرادة وهو القانون الذي يختاره الطرفان ليحكم علاقتهما العقدية وليكون مصدرا للقواعد التي تحكمها، ولو كان قانون آخر هو القانون الواجب التطبيق عند عدم اختيار الطرفين لذلك القانون، وبناء على ذلك يجوز للطرفين الاتفاق على إخضاع علاقتهما العقدية لقانون آخر غير قانون بلد

[1] انظر قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000.

إبرام العقد أو قانون بلد تنفيذه أو قانون موطنهما المشترك أو لأي قانون آخر واجب التطبيق وفقا لقاعدة الإسناد في القانون الدولي الخاص[1].

فمن أهم القواعد المسلم بها فقها وقضاء هي خضوع التحكيم لقانون الإرادة المتمثل في حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وقد تضمنت الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم هذا المبدأ مثل اتفاقية نيويورك لسنة 1958م، واتفاقية جنيف لسنة 1961م.

وقد وردت الإشارة في المادة (21) من إتفاقية عمان العربية للتحكيم إلى قانون الإرادة صراحة فقد نصت الفقرة الأولى من المادة المذكورة على أن " تفصل الهيئة في النزاع وفقا للعقد المبرم بين الطرفين ، وأحكام القانون الذي إتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمنا إن وجد " ففي هذا النص منحت الإتفاقية أطراف العقد الحرية في إختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، ولم تدع مجالا للشك في طبيعة الإرادة في إختيار القانون فقد أشارت بإن إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية ، وحرية الأطراف وفقا للإتفاقية تمتد لإختيار اي قانون ولو لم يكن ذا صلة بالعقد أو قانونا وطنيا معينا[2].

ومما تجدر الإشارة اليه أن إتفاقية عمان صرحت في الفقرة الثانية من المادة 21 بتحرير العقد من الإرتباط بأي قانون حيث إنفردت هذه الإتفاقية بهذا التصريح دون غيرها من الإتفاقيات آخذة بما سار عليه الإتجاه الحديث في التحكيم الدولي[3].

إلا أن مبدأ قانون الإرادة مقيد بالنظام العام في الدولة التي سينفذ القرار التحكيمي على إقليمها وقوانين البوليس التي تفرض في مجال العقد التزامات قانونية تنأى عن مبدأ قانون الإرادة.

---

[1] منصور، مصطفى منصور: **مذكرات في القانون الدولي الخاص الكويتي**. دون طبعة، جامعة الكويت.كلية الحقوق. 1986، ص21- 158 وما بعدها.

[2] السمدان ، احمد : **القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي** .كلية الحقوق .جامعة الكويت ص 185.

[3] رضوان أبو زيد: **الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي** .دون طبعة .القاهرة.دار الفكر العربي.1981.ص124

حيث يمثل هذا المبدأ قاعدة تنازع وليس قاعدة قانون دولي مادي، كما ذهـب أنصـار ازدواج العقد، فيتم اختيار القانون استنادا إلى قاعدة الإسناد المذكورة بوصـفه قانونـا بـالمعنى الدقيق، أيضا ذهب أنصار المذهب الشخصي المؤسس علـى مبـدأ سـلطان الإرادة أو فكـرة الإدماج، لأن قاعدة الإسناد المشار إليها، أساسها إخضاع العقد للقانون ولـيس إدمـاج القـانون بالعقد[1].

ولهذا كانت القاعدة انه لا يمكن تعديل الإختيار أو استبعاده الذي تم عند إبرام العقد ومع ذلك فإن الفقه الحديث لم ير مانعا من اتفاق المتعاقدين على اختيار القانون، ولو كان هذا الاتفاق يتضمن تعديلا لإتفاق سابق بشرط رعاية حقوق الغير التي تظل خاضعة للقانون الـذي يحكـم العقد منذ البداية[2].

وسيتم تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع يتناول الفرع الأول: المسائل المتعلقة بقـانون الإرادة، ويتناول الفرع الثاني: اللجوء إلى قواعد تنازع القوانين عند تخلف الاختيـار الصـريح ويتناول الفرع الثالث: فكرة التطبيق الإجمالي للقانون المختص.

الفرع الأول: المسائل المتعلقة بقانون الإرادة

غالبا ما يعتد المشرع في إطار قانون الإرادة، في الاتجاه الذي يتطلب الصلة أو الرابطة بين القانون المختار والعقد، آخذا بالنظرية الموضوعية، وذلك لأن حق الأطراف فـي اختيـار القانون "يجوز أن يجاوز أهداف المشرع بمقتضى قاعدة تنازع القوانين الوطنية التـي خولـت الأطراف الحق في تعيين القانون الواجب التطبيق من بين القوانين التي تتزاحم لحكـم الرابطـة العقدية، أي القوانين التي تتصل بهذه الرابطة على نحو أو أخر"[3].

---

[1] عبد المجيد، منير: مرجع سابق، ص180.

[2] صادق، هشام: **تنازع القوانين**. مرجع سابق، ص 306-307.

[3] المرجع السابق، ص306.

والمحكم يمكن أن يستخلص أيضا إرادة الأطراف في إختيار قانون معين من قبلهم عـن طريق تفسير عبارات العقد والقرائن الأخرى الدالة على هذا الإختيـار وقـد حسـمت إتفاقيـة نيويورك في مادتها الخامسة فقرة 1/ا وإتفاقية عمان في مادتها الحادية والعشرين الخلاف الـذي ساد قبلهما في الفقه حول هذه المسأله ، فقد كان هناك إتجاه يمثل رأيه الأقلية في الفقـه يـرى اعطاء الأفضلية لتطبيق قانون محل التحكيم دون إرادة الافراد ، وذلك اسـتنادا علـى الطبيعـة المختلطة للتحكيم أي الطبيعة الإتفاقية القضائية ، فإعمال هذا الإعتبار المزدوج يقتضي القـول بأن مكان التحكيم وليس قانون الإرادة هو الذي يتعين أن يسري على جميع مراحل التحكيم .

ولكن بصدور إتفاقية نيويورك وإتفاقية عمان، فقد اصبحت القاعدة المرجحـة لقـانون الإرادة واطلاق حرية الأطراف في عقد التحكيم في إختيار القانون الذي يحكم العقـد ، قاعـدة مستقرة ومن ثم يتعين الرجوع بصفة اصلية الى القانون الذي يختـاره الأطـراف صـراحة أو ضمنا وذلك في شأن جميع المسائل المتعلقة بالتراضي وصحته[1].

ومن الأمثلة على ذلك أن يكون القانون المختار، هو قانون الدولة التي سوف يتم تنفيـذ حكم التحكيم على إقليمها، ويكفي هنا توفر صلة فنية بين العقد والقانون الـذي يحكمـه، حيـث تتحقق هذه الصلة في مجال التجارة الدولية. وفي حالة انتفاء الإرادة الصريحة، تتجه هيئات

التحكيم إلى فكرة الإرادة الضمنية التي تستخلصها من ظروف النـزاع وواقـع الحـال بصورة مؤكدة أو قاطعة، مثل قانون مكان الإبرام أو قانون مكان التنفيذ الذي يتحدد عادة بمكان تسليم البضاعة وانتقال ملكيتها إلى المشتري، ومن القرائن التي قد تكشف عن الإرادة الضـمنية للأطراف اللغة المستعملة في العقد أو في التحكيم، أو المكان الذي اتفق على إجراء التحكيم فيه، كما أن استخدام اصطلاحات مقررة في قانون معين يدل على اتجاه إرادة المتعاقـدين الضـمنية نحو تطبيق هذا القانون على العقد في مجموعه[2].

---

[1] السمدان ، احمد : القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي .كلية الحقوق .جامعة الكويت ص 188.

[2] عبد المجيد، منير:. مرجع سابق، ص182.

أما فيما يتعلق بمدى إلتزام المحكم بتطبيق القانون الذي يحكم النزاع تلقائيا فإن بعـــض أحكام التحكيم تعمل غالبا على إلقاء عبء الإثبات على القانون الوطني الذي ينطبق على النزاع أي على الخصم الذي يتمسك به، في حين يذهب اتجاه آخر إلى التطبيق التلقائي لهـــذا القـــانون على اعتبار أن علم المحكم بالقانون يملي عليه تطبيقه من تلقاء نفسه.

ولعل الاتجاه الأول من هذه الأحكام يجد ما يبرره، حيث أن هذه الأحكام اعتنقت نظرية الإدماج التي تعتبر القانون في حكم الشروط التعاقدية، ومن ثم فمن الطبيعي أن تكون معاملتهـــا للقانون معاملة الوقائع من حيث الإثبات بحيث يجب إقامة الدليل عليها[1].

أما فيما يتعلق بالغش نحو القانون فلا يعمل إلا في حالة لجوء الأطراف إلى اصـــطناع عنصر أجنبي بقصد التهرب من الأحكام الآمرة في قانون مقر التحكيم متى كان هـــذا القـــانون يتطلب وجوب مراعاة القوانين الآمرة في الدولة التي يجري على إقليمها التحكيم.

على أن هذه القواعد التي قصد الأطراف التهرب منها، غالبا ما تتعلق بالنظام العام، فلا محل لأعمال الدفع بالغش نحو القانون، لأن هذا الدفع احتياطي، لا يجوز اللجـــوء إليـــه إلا إذا انعدمت وسائل العلاج الأخرى[2].

وفيما يخص قانون الإرادة وعقود الدولة فقد قضت محكمة العدل الدولية فـــي حكمهـــا الصادر بتاريخ 12 يوليو 1929م بأنه لا يمكن أن نفترض أن الدولة بما لها من سيادة ترتضـــي أن تسند التزاماتها إلى قانون مخالف لقانونها الخاص، و أضاف الحكم أن الدولة تستطيع اختيار قانون أخر غير قانونها بشرط أن يثبت هذا الاختيار، ومؤدى هذا، انه إذا لم يكن هناك اختيـــار لقانون معين في عقود الدولة كان قانون الدولة المتعاقدة هو القانون الواجب التطبيق، ومع ذلك،

---

[1] عبد المجيد، منير، مرجع سابق، ص 189.

[2] كمال، فهمي: **أصول القانون الدولي الخاص،** ط2. القاهرة. دون سنة نشر. ص589.

يجب أن لا يغيب عن البال، أن قضاء التحكيم لا يعتبر جزءا من قضاء الدولة المتعاقدة، لأن المحكم لا يصدر قضاءه باسم هذه الدولة، أو باسم أية دولة أخرى[1].

إلا أن عقود الدولة حتى تخضع لقوانين الدولة الطرف في النزاع يجب أن يكون العقد قد أبرم بقصد تحقيق وظيفة من وظائف الدولة، إذ لا يستساغ أن تخضع الدولة وهي بصدد القيام بوظيفة من وظائفها لقانون دولة أخرى، ما لم تكن قد ارتضت ذلك صراحة[2].

فليس هناك ما يحول دون تمتع الدولة في هذه الحالة بحصانة تشريعية تضعها في مرتبة أسمى من أطراف العقد الآخرين[3].

حيث تطبق هيئة التحكيم لدى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول المتعاقدة، ومواطني الدول المتعاقدة الأخرى، قانون الدولة الطرف في النزاع شاملةأي المتعاقدة

قواعد تنازع القوانين وقواعد القانون الدولي ما لم يتم الاتفاق صراحة على القانون الواجب التطبيق[4].

بالإضافة إلى ذلك تقوم قرينة لصالح تطبيق قانون الدول النامية المتلقية للتكنولوجيا عند غياب الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق، وذلك حماية لمصلحة هذه الدولة[5].

---

[1] عبد المجيد، منير: **تنازع القوانين** مرجع سابق، ص 190.

[2] قضت هيئة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية في القضية رقم (1516) لسنة 1968 بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة عند عدم وجود قانون آخر مختار، رغم قيام هذه الدول الأفريقية التي تم تطبيق قانونها بإلغاء عقد الإمتياز الدولي بإرادتها المنفردة قبل نهاية مدته ، وهذا الإمتياز كانت قد منحته الى بلجيكي أبرم عقده في بروكسل لشراء المنتجات المعدنية في الإقليم الوطني . ومثال آخر فقد رأت محكمة العدل الدولية في 22 يوليو 1952 أن قيام إيران بإلغاء عقد الإمتياز الدولي بينها وبين شركة بريطانية ، لا يعدو أن يكون الغاء لعقد إمتياز عادي لا يثير المسؤولية الدولية " الدكتورة سامية راشد : التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة . 1984 . ص 30.

[3] فؤاد، رياض: **مركز المشروعات العامة في القانون الدولي الخاص**. مجلة مصر المعاصرة. السنة 57. يناير، العدد 323. ص185.

[4] المادة 42/ا من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار المبرمة في 18 مارس 1956.

[5] احمد، عشوش: **القانون الذي يحكم الاتفاقيات الدولية**. محاضرات لطلبة دبلوم القانون الخاص بكلية الحقوق. جامعة الزقازيق. 1984. ص629.

وقد اتجه رأي إلى إسناد هذه العقود إلى قانون دولة ثالثه بوصفه قانونا محايــدا بقصــد تفادي التعديلات التشريعية التي تجريها الدولة المتعاقدة في قانونها[1].

الفرع الثاني: اللجوء إلى قواعد تنازع القوانين عند تخلف الاختيار الصريح

في حال عدم وجود اتفاق صريح بشأن القانون الواجب التطبيق وتعــذر الكشــف عــن الإرادة الضمنية، فإن القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، وكذلك غرفة التجارة الدوليــة، واتفاقية جنيف لسنة 1960، والتي تعتد بالاختيار الصريح وتستبعد الاختيار الضمني "تسند حكم العلاقة إلى القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد، التي تراها ملائمة"[2].

أيضا إذا تم الاتفاق على القانون الذي سيطبق على الموضوع فعادة يحدد قانون مــادي، وفي حال كان القانون المختار لا يحتوي على حل للمسائل المتعلقة بالنزاع مثل الأهلية، النظــام العام، فان المحكم يكون له الحرية في اختيار قاعدة التنازع، وهنا يترتب على المحكــم اختيــار قاعدة تنازع ملائمة من واقع الأنظمة القانونية الوطنيــة التــي يحســن أن تــرتبط عناصــرها الموضوعية بالنزاع أو أن يكون لها صلة فيه.

حيث يتم تطبيق قواعد تنازع القوانين في الدولة التي يجري على إقليمهــا التحكــيم، أي قواعد التنازع التي يتضمنها قانون مقر التحكيم[3]، وقانون مقر التحكيم فضله كثير من الشــراح القدامى مثل Niboyit على اعتبار أن التحكيم يتطلب أساسا قانونيا متينا، كما تتطلبه القوانين

الداخلية، ويعيب هذا الاتجاه أن مقر التحكيم قد يتعذر تحديده، حيث يتصــور أن يعقــد المحكمون جلسات الاستماع في أكثر من دولة كما قد يجري التحكيم بالمراسلة[4].

---

[1] انظر مصطفى عبد الرحمن، عبد الحكيم: مرجع سابق. ص 80.79

[2] انظر عبد المجيد، منير: **قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية** . مرجع سابق، ص197.

[3] المرجع السابق، ص198.

[4] عبد الله، عز الدين: مرجع سابق. ص 30.

وإذا كان هذا الاتجاه يمكن الأخذ به في حالات التحكيم الخاصة إلا إنـــه مـــن الصـــعب الأخذ في حالات التحكيم التجاري الدولي لدى مراكز التحكيم[1]، حيث أن اختيار هذا المكان يـــتم لاعتبارات الملائمة الشخصية البحتة، وانه لا يشكل بالنسبة للدولة التي يتم التحكيم على إقليمهـــا أية أهمية، فلا تصدر حكم التحكيم باسم هذه الدولة، لأن المحكم لا يخضع لسيادتها[2].

حيث لا يمكن تشبيه أحكام التحكيم بالأحكام القضائية، فالمحكم لا يساهم على أي نحـــو في الوظيفة القضائية للدولة التي يتم على إقليمها التحكيم، فهو لا يكلف بخدمة عامة ولا يباشـــر مهمته إلا استنادا إلى عقد خاص[3]. ولهذا فان توطين التحكيم إجرائيا لا يعني توطينه من الناحية القانونية[4].

وفي الغالب تتجه هيئات التحكيم إلى أعمال تنازع القوانين في قانون الدولة التي يتم فيها التنفيذ، لأنه وفقا لاتفاقية نيويورك[5] لا يجوز الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه، إذا ثبت انه يخالف القانون والنظام العام في دولة التنفيذ.

ويعد هذا الحل عمليا فيما لو كان تنفيذ حكم التحكيم يتم في إقليم دولة واحدة ولكنه يثيـــر مشكلة ما هو الحل الواجب الإتباع عندما يتم التنفيذ في أكثر من دولة، وكانت أماكن التنفيذ تقف على قدم المساواة، بحيث لا يمكن ترجيح مكان على أخر، أيضا هذا الاتجاه يسبق عمل المحكـــم في تعيين القانون الذي يحكم النزاع وقد لا يتم العلم سلفا بمكان تنفيذ الحكم وقد يتعذر في غالب الأحيان.

وذهب راي إلى تطبيق قانون دولة جنسية المحكم التي يقيم فيها باعتباره أكثـــر إلمامـــا بقواعدها، وهذا الاتجاه قد يؤدي إلى تطبيق قانون ليس له أدنى صلة بالنزاع، ويـــرى الـــبعض إعمال قواعد الإسناد في قانون الجنسية أو الموطن المشترك لأطراف العلاقـــة ،ويعيـــب هـــذا

---

[1] إذ يرى بعض الفقه أنه من المشاهد من الناحية العملية أنه إذا كان التحكيم موكولا إلى منظمة دائمة، فإن المحكم يختـــار قاعدة التنازع في قانون الدولة الكائن بها مركز المنظمة، شفيق محسن. مرجع سابق. ص189.

[2] شفيق، محسن: مرجع سابق. ص 189.

[3] انظر عبد المجيد، منير: **قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية** . مرجع سابق، ص199.

[4] رضوان، ابو زيد: مرجع سابق، ص162.

[5] المادة 1/5(ب)

الاتجاه انه يفترض وحدة جنسية الخصوم أو موطنهم المشترك وهو يخالف ما يجري عليه العمل في المنازعات الخاصة الدولية[1].

الفرع الثالث: فكرة التطبيق الإجمالي للقانون المختص

من الأفضل كما ذهب قضاء التحكيم الرجوع إلى فكرة التطبيق الجامع للمبادئ المشتركة لقواعد التنازع التي تهم النزاع أو تكون على صلة به، أو ينتمي إليها طرف أو آخر من الأطراف ، وعن طريها يتم استخلاص القانون الأكثر ملاءمة لحل النزاع مع استبعاد أية قاعدة تنازع لنظام قانون وطني أخر، ومن باب أولى لأي نظام قانوني غير وطني، وبرأيي أن القضاء والفقه راعى المصلحة المتوخاة من هذا التحكيم وهو تطبيق القانون الأكثر ملاءمة لحل النزاع بما يحقق رغبة الأطراف و يتلاءم مع توقعاتهم.

أما فيما يتعلق بالعلاقات التعاقدية التي تبرمها الدولة مع الأفراد فيمكن أن يتم وضعها في إطار القانون الدولي العام، فإختيار الأطراف الدولة والفرد للقانون الدولي يجعل العقد تصرفا قانونيا في القانون الدولي[2].

فالقانون الدولي العام يتوجه بالخطاب إلى الدول وينصرف إلى حكم التصرفات الصادرة منها بوصفها سلطة ذات سيادة وهو لا يحكم إلا علاقات متساوية بين الدول ولا ينطوي في الوقت ذاته على نظام خاص بحكم عقود التجارة الدولية سواء في شأن إبرامها أو تنفيذها، ومن

ثم تقتضي ولايته بحكم العقود الدولية محل البحث، هذا فضلا عن أن قاعدة التنازع الخاصة بالالتزامات التعاقدية لا تقوى على أن تؤدي دورها بخصوص القانون الدولي[3].

ومن ناحية أخرى، فان القانون الدولي العام لا يتلاءم مع معطيات التجارة الدولية، ويتعين اللجوء إلى تشريعات القوانين الوطنية المختلفة في بعض المسائل المتعلقة بالعقود مثل

---

[1] المادة(7/1/5) من اتفاقية نيويورك.

[2] مصطفى، عبد الحكيم: مرجع سابق. ص85 رقم67.

[3] فالواقع في فقه القانون الدولي العام أن المبادئ العامة للقانون تعتبر من المبادئ الأصلية للقانون الدولي العام) العام.(هامش انظر عبد المجيد، منير: **قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية** مرجع سابق، ص203–204.

التشريعات الاقتصادية التي ترمي إلى تفادي اللامساواة أو اختلال التوازن في مجـال العقـود، وكذلك الحكم بفوائد الـتأخير أو تحديد مسؤولية المنتج، وهي مسائل تجد مصدرها في القوانين الداخلية وحدها، كما أن الأشخاص في عقود تحكيم الدولة لا تعتبر الدولة من أشخاص القـانون الدولي بل وتنزل الدولة منزلة الأفراد حتى لو تمثلت في شكل مشروعات عامة[1].

هذا بالإضافة إلى أن مجرد إسناد العقد إلى المبادئ العامة للقانون لا يمكن أن يستخلص منه إطلاقا إسناده إلى القانون الدولي العام[2].

حيث أن فكرة التطبيق الإجمالي للقانون المختص توجب الاعتداد بجميع القوانين القابلة للتطبيق في ذات النظام القانوني، سواء اكانت متعلقة بالقانون العام أم قوانين البوليس، أو قواعد القانون الخاص، ذلك أن قواعد الإسناد التقليدية لم توضع لتحديد قواعد القانون الخاص فحسـب بل تنصرف إلى القانون الأجنبي في جميع قواعده أيا كانت طبيعتها دون تخصـيص، وبعبـارة أخرى فهي تحدد النظام القانوني برمته على نحو لا يقبل تجزئة أو انقساما، وذلك استنادا إلى ما تتمتع به قاعدة الإسناد من خاصية التجريد فعندما تستند العلاقة إلى قانون معين، هـي لا تعتـد سلفا بتطبيق القانون الذي يحكمها[3].

حيث إن استبعاد القوانين فورية التطبيق وقواعد القانون العام الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة التنازع يؤدي إلى تشويه التشريع الأجنبي عند تطبيقه، والقول باسـتبعاد القـانون العـام الأجنبي من نطاق تطبيق القانون الدولي الخاص يعيق حركة كثير من أجهزة الدولة ومؤسساتها التي تمارس نشاطا هاما في إطار التجارة الدولية[4].

---

[1] رأت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 31 مايو 1931 بأن الموضوع في هذا الشأن يتعلق بعقود ترتبط بالقانون الخاص، وهي تشابه عقود الأفراد سواء بسواء. كما حكم في قضية Aramco في 23 اغسطس 1958 بأنـه لا وجود لأي عقد إلا إذا كان مستندا إلى قانون دولة ما ، ولما كان إتفاق سنة 1933 قد أبرم بين دولـة وشـركة أمريكيـة خاصة فإنه لا ينتمي الى القانون الدولي العام، عبد المجيد منير. مرجع سابق .ص 204

[2] انظر عبد المجيد، منير: **تنازع القوانين** مرجع سابق، ص203–204.

[3] المرجع السابق، ص187.

[4] مصطفى، عبد الرحمن عبد الحكيم: **الوسيط في قانون المعاملات الدولية الخاصة**. دون ط. القاهرة. سـنة 1991. ص .26

الفصل الثاني

القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم والقرار التحكيمي

عند إتباع التحكيم الخاص كقاعدة عامة لا يلزم المحكم اتباع إجراءات معينة إلا إذا إتفق الأطراف على إتباع قواعد إجرائية أو قانون إجراءات معين، حيث تنص بعض القوانين على وجوب إتباع المحكمين لقواعد الإجراءات الموجودة في قانون المرافعات ما لم ينص الأطراف صراحة على غير ذلك، ويكون المحكم المفوض بالصلح غير مقيد بقواعد الإجراءات في المرافعات إلا بالقدر الذي يتعلق بقواعد النظام العام[1].

كما تنتهي إجراءات التحكيم بإصدار الحكم للأطراف وعندئذ تتخذ الإجراءات الخاصة بتنفيذه، حيث ذهب البعض إلى تسمية الحكم بالقرار، إلا أن هذه التسمية ليست من جانب الفقه وإنما هناك بعض التشريعات العربية التي تبنت هذه التسمية بدلا من حكم التحكيم[2].

وتبعا لذلك سيتم تقسيم هذا الفصل تبعا لذلك إلى مبحثين يتناول المبحث الأول القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في حين يتناول المبحث الثاني: القرار التحكيمي وذلك على النحو التالي :

---

[1] سامي، فوزي محمد: مرجع سابق، ص260

[2] صرخوة، يعقوب يوسف: **أحكام المحكمين وتنفيذها. دراسة مقارنة**. الطبعة الأولى. الكويت. 1986. ص 29

المبحث الأول

القانون الواجب التطبيق على مسائل الإجراءات

يجب أن يتم التفريق في هذا المجال بين أمرين انقسمت حولهما آراء الفقهاء بمناسبة البحث عن القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، فهذه الإجراءات تبدأ منذ إبداء احد أطراف النزاع رغبته في تسوية النزاع بالتحكيم، أي منذ طلب التحكيم، لحين إصدار قرار التحكيم بصيغته النهائية، حيث يذهب الرأي الأول إلى ربط التحكيم وإجراءاته بمكان التحكيم، أي قانون الإجراءات لذلك المكان، بمعنى آخر للدولة التي يوجد على إقليمها مكان التحكيم هو الذي يطبق بالنسبة لسير الإجراءات[1]، أما الرأي الثاني، فيذهب إلى ربط التحكيم وإجراءاته بإرادة الطرفين.

وبالنسبة لقواعد تنازع القوانين على صعيد التعامل الدولي، فيجب الرجوع إلى التكييف القانوني للتحكيم، فإذا اعتبر تصرفا اتفاقيا، فالقانون الواجب التطبيق يكون القانون الذي اختاره الطرفان المتنازعان، أما إذا اعتبر التحكيم تصرفا قضائيا أو إجرائيا ففي هذه الحالة من الضروري خضوع التحكيم إلى قانون المكان الذي يجري فيه التحكيم[2].

وسيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين يتناول المطلب الأول :السلطة التقديرية للمحكم في إختيار القواعد الإجرائية لسير المنازعة ، في حين يتناول المطلب الثاني: النظام العام وإختصاص المحكم.

المطلب الأول: السلطة التقديرية للمحكم في إختيار القواعد الإجرائية لسير المنازعة

في حالة التحكيم الخاص يكون اختيار القواعد القانونية أو القواعد التي تخضع لها إجراءات التحكيم نابعا من إرادة الأطراف بشكل خاص.

---

[1] سامي، فوزي محمد : مرجع سابق، ص166.

[2] المرجع السابق، ص167.

أما في التحكيم المنظم فإن إرادة الأطراف في إيجاد حل للنزاع تكون وفق قواعد التحكيم المطبقة في المؤسسة أو مركز التحكيم الذي سيحسم النزاع المعروض عليها.

بالتالي في التحكيم الخاص يختار أطراف النزاع عند اتفاقهم على التحكيم قانونا معينا للإجراءات، بموجبه يتم النظر في النزاع والسير في إجراءات المرافعة والإجراءات الأخرى الخاصة بالتحكيم، وقد يختار أطراف النزاع قواعد متفرقة مأخوذة من بعض القواعد الدولية المعروفة في مجال التحكيم التجاري الدولي، كأن يكون قسم منها من قواعد التحكيم التي أصدرتها لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة وقسم آخر من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية وآخر من قواعد أحد مراكز التحكيم[1].

وهذا الأمر يعطي الحرية لأطراف النزاع باختيار قواعد الإجراءات التي يصار إلى إتباعها في عملية التحكيم، كما أن القانون الواجب التطبيق يمكن تعيينه بشكل غير مباشر وذلك عندما يختار أطراف النزاع قانون بلد ما، ففي هذه الحالة يفترض أن تلك الأطراف قد قبلت ضمنيا بالقواعد الخاصة بتنازع القوانين لذلك البلد، وبالتالي يصار إلى معرفة القانون الواجب التطبيق طبقا لقواعد الإحالة أو الإسناد لقانون ذلك البلد[2]، وفي حالة عدم اتفاق الأطراف أو المحكمين بشكل صريح أو ضمني باختيار قواعد الإجراءات، ففي هذه الحالة يتم تفويض المحكم أو المحكمين صراحة أو ضمنا اختيار قواعد الإجراءات.

أما في حال اللجوء الى التحكيم المنظم فإن التحكيم يجري وفقا لما تقرره القواعد المتبعة من المؤسسة التحكيمية، وبعض هذه القواعد تعطي للمحكمين الحق في تقرير قواعد الإجراءات التي يرونها مناسبة لسير التحكيم[3].

---

[1] انظر رضوان، أبو زيد: *الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي*. **مجلة الحقوق والشريعة**. السنة الثالثة العدد الثاني. الكويت ,يوليو 1979. ص37 – 38 .

[2] سامي، فوزي محمد: مرجع سابق، ص167.

[3] في حالة عدم الإتفاق على قواعد أو قانون معين للإجراءات ففي هذه الحالة يتم تفويض المحكم أو المحكمين صراحة أو ضمنا بإختيار قواعد الإجراءات مثال ذلك ما جاء في إتفاق التحكيم بين المملكة العربية السعودية والشركة العربية الأمريكيو للنفط (aramco) حيث نص إتفاق التحكيم الموقع بينهما في 23 شباط 1955 وفي المادة السادسة منه على أن " هيئة التحكيم تقرر قواعد الإجراءات التي تتبعها.

والملاحظ أن مثل هذه السلطة لا يمكن أن توجد لدى القاضي في المحاكم العادية حيث انه ملزم بتطبيق قانون الإجراءات في البلد الذي يمارس فيه سلطته[1].

وسيتم تقسيم المطلب الأول إلى فرعين يتناول الفرع الأول إجراء سير المنازعة أمام الهيئات الدائمة للتحكيم التجاري الدولي ، ويتناول الفرع الثاني الجوانب المتعلقة بتشكيل هيئة التحكيم .

الفرع الأول: إجراءا سير المنازعة أمام الهيئات الدائمة للتحكيم التجاري الدولي

إن التحكيم وإن كان أساسه إرادة الطرفين إلا أن طبيعته عمل قضائي وبالتالي فان القرارات التي تصدر نتيجة للتحكيم هي قرارات قضائية هدفها تطبيق العدالة بين أطراف النزاع[2].

ونظرا لأن التحكيم أو هيئة التحكيم هي جهة قضائية ومكان القاضي هو إقليم الدولة التي يمارس فيها سلطته، فالمحكم طبقا لذلك يجب أن يطبق قانون المكان الذي يجري فيه التحكيم.

وتبعا لذلك فإنه في حال اتفاق أطراف النزاع على القانون أو القواعد القانونية الواجبة التطبيق على الإجراءات، فهي التي سيتم تطبيقها، وفي حال عدم اتفاق الأطراف على القواعد القانونية ولكنهم كانوا متفقين على المكان –مكان التحكيم– فإن قانون إجراءات ذلك المكان هو الذي سيطبق على إجراءات التحكيم، وفي حال عدم اتفاق الأطراف على مكان التحكيم فإنه يعين من قبل هيئة التحكيم، وبالتالي يطبق قانون الإجراءات لهذا المكان وبحدود ما تسمح به قواعد الإسناد لهذا البلد[3].

---

[1] سامي، فوزي محمد :المرجع السابق، ص168.

[2] المرجع السابق، ص168.

[3] نص القانون النموذجي اليونسترال وتحت عنوان تحديد قواعد الإجراءات في المادة (19) منه على أن 1– مع مراعاة أحكام هذا القانون ، يكون للطرفين حرية الإتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم إتباعها عند السير في التحكيم ، 2– فإذا لم يكن ثمة مثل هذا الإتفاق ، كان لهيئة التحكيم مع مراعاة احكام هذا القانون أن تسير في التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة ، وتشمل السلطة المخولة لهيئة التحكيم سلطة تقرير جواز قبول الأدلة المقدمة وصلتها بالموضوع وجدواها وأهميتها.

وبإستعراض نصوص قانون التحكيم المصري المنظمة لإجراءات التحكيم[1]، يتبين أن المشرع المصري اخذ بالاتجاهات الحديثة التي أخذت بمبدأ سلطان الإرادة.

فالمشرع المصري لم يفرض سريان قانونه على التحكيم الواقع في مصر،حيث نصت المادة (25) من القانون المذكور على أنه " لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقها في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مصر العربية أو خارجها، فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم، مع مراعاة أحكام هذا القانون، أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة."

كما نصت المادة (22) من القانون المدني المصري على انه "يسري على قواعد الاختصاص وجميع المسائل المتعلقة بالإجراءات قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات[2].

حيث أعطى المشرع للأطراف الحرية في وضع القواعد الإجرائية التي تسير وفقا لها هيئة التحكيم، ويعني اتفاق الأطراف على القواعد الإجرائية أي على نحو ما سبق، الخروج جملة وتفصيلا عن القواعد التي تضمنها القانون المصري بخصوص إجراءات التحكيم وهو القانون المفترض إعماله باعتبار أن الأطراف إزاء تحكيم يجري في مصر سواء أكان تحكيما داخليا أو دوليا[3].

والسؤال الذي يطرح بهذا الصدد هو إلى أي مدى يتمتع الأطراف بحرية اختيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات بحيث يمكنهم الاتفاق على مخالفة النصوص الآمرة سواء باتفاق مباشر أو بالإحالة لتنظيم خاص بهيئة أو مركز تحكيم، يطبق نصوص إجرائية تتعارض مع نصوص القانون المصري، يمكن الإجابة عن هذا التساؤل من خلال نصوص قانون التحكيم

---

[1] قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994.

[2] صادق، هشام: **تنازع الاختصاص القضائي الدولي**. مرجع سابق. ص163

[3] بريري، محمود مختار احمد: مرجع سابق. ص95.

المصري المنظمة للإجراءات، حيث يتضح إنها نصوص مكملة ويحق للأطراف الاتفاق على مخالفتها.

أما فيما يتعلق بالنصوص الآمرة خاصة وأن نص المادة (25) آنفة الذكر لم تورد قيدا على حرية الأطراف في حين ألزم هيئة التحكيم التي يقع على عاتقها اختيار إجراءات التحكيم بوجوب _مراعاة أحكام هذا القانون_ وهي عبارة لم يرد مثلها عند ترك الاختيار إلى الأطراف[1].

يتضح من خلال ما سبق أن المشرع المصري أعطى الحرية للأطراف باختيار القانون الذي سيطبق على الإجراءات كون أنهم اقدر على معرفة ما يتماشى مع مصالحهم وحاجاتهم فسمح لهم الخروج عن القواعد الآمرة إذا كانت تنظم أمورا يقصد منها مصالح الأطراف وهذه الحرية لا يقف أمامها إلا عائق مخالفتها للنظام العام.

أما قانون التحكيم الفلسطيني فقد نص في المادة (21) منه على أنه "إذا لم يتفق أطراف التحكيم على مكان إجرائه فانه يجري في المكان الذي تحدده هيئة التحكيم مع مراعاة ظروف النزاع وملاءمة المكان لأطرافه ويجوز لهيئة التحكيم عقد جلسة أو أكثر في أي مكان تراه مناسبا[2]، فالقانون الفلسطيني لم يميز بين الحرية الممنوحة للأطراف والحرية الممنوحة لهيئة التحكيم حيث ساوى بينهما في التطبيق للنص.

أما بالنسبة لإجراءات سير المنازعة أمام الهيئات الدائمة للتحكيم التجاري الدولي ،فإن التحكيم التجاري الدولي لدى هيئات ومراكز التحكيم الدائمة يتسم بأنه تحكيم منظم تسري فيه أحكامه اللائحية على إجراءات التقاضي أمام هيئة أو مركز التحكيم ، ويتضمن إختيار أطراف

---

[1] يلاحظ في هذا المقام اختلاف صياغة نص المادة (25) مصري عن نص المادة (19) من القانون النموذجي والتي تقيد إرادة الأطراف وهيئة التحكيم بضرورة مراعاة نصوص القانون، أما النص المصري فلم يورد هذا القيد إلا في حالة عدم اتفاق الأطراف وتصدي الهيئة لوضع الإجراءات.

[2] قانون التحكيم الفلسطيني، رقم (3) لسنة 2000.

المنازعة أو إلتجائهم جبرا لقضاء هذه الهيئات ضرورة الإذعـان للقواعـد الإجرائيـة المقررة في لائحة التحكيم بحيث لم يعد لأطراف الخصومة في مثل هذا التحكيم سـوى إختيـار مكان التحكيم[1].

وقد إتسع مجال التحكيم التجاري الدولي لدى هيئات ومراكز التحكيم الدائمة حيث أصبح إجباريا في الكثير من العقود الدولية ذات الشكل النموذجي والتي تعتبر الى حد ما محـورا فـي التجارة الدولية مثل عقود المنشآت الصناعية والتوريدات الدولية وعقود التجميع والتي تتضـمن نصوصها ضرورة اللجوء لغرفة التجارة الدولية والخضوع لإجراءاتها ، كذلك فإن التحكيم أمام هيئات ومراكز التحكيم الدائمة ووفقا للوائحها يصبح اجباريا ، تطبيقـا لنصـوص الإتفاقيـات والمعاهدات الدولية متعددة الأطراف ،مثل التحكيم في المنازعات المتعلقة بالإتفاقيـات الدوليـة الخاصة بنقل البضائع بالسكك الحديدية والموقعة في برن (سويسـرا) فـي 25 فبرايـر 1961 والسارية اعتبارا من اول يناير 1965 .

وفضلا عما سبق فقد انتشرت مراكز أو محاكم تحكيم دائمة في معظم ارجاء العالم ولها لوائحها الخاصة التي يتم التحكيم على ضوئها متى لجأ اليها الخصوم في المنازعـة ، ويتميـز اللجوء الى هذا النوع من التحكيم بأن تتم إجراءات سير المنازعة على ضوء لائحـة أو مركـز التحكيم ووفقا للمواعيد التي تحددها هذه اللوائح ، وتشير غالبية لوائح هيئات التحكيم الدائمة الى قاعدة اساسية وهي تطبيق القواعد المستمدة من نصوصها على اجراءات سير المنازعـة وفـي حالات سكوت او قصور هذه اللائحة عن بعض هذه الإجراءات يكون بمقدور المحكمين تكملـة هذا النقص او ان يكون ذلك على ضوء قانون المرافعات في دولة هيئة او محكمة التحكيم[2].

---

[1] أبو زيد رضوان . المرجع السابق . ص105

[2] الرفاعي، أشرف عبد العليم. النظام العام والقانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم في العلاقـات ذات العنصـر الاجنبي . دراسة فقهية قضائية . .دون طبعة.الاسكندرية.دار الفكر الجامعي.2003 .ص16 –17–18

الفرع الثاني: الجوانب المتعلقة بتشكيل هيئة التحكيم

فيما يتعلق بمسائل الإجراءات في التحكيم فأول ما يطرح في هذا الإطار هو موضوع هيئة التحكيم التي قد تكون إما مكونة من محكمين يختارون لنظر النزاع، أو منظمة دائمة تتولى إدارة التحكيم وفقا للوائحها، وفي كلا الحالتين قد تشكل هيئة التحكيم من محكم واحد أو عدة محكمين تبعا لاتفاق الأطراف.

ففي حالة المحكم الفرد يفصل النزاع بشكل أسرع بالإضافة إلى أن النفقات تكون أقل، في حين أن تعدد المحكمين يشكل ضمانة أكبر للعدالة والحيدة للفصل في النزاع المثار.

ومن الملاحظ أن لوائح المنظمات الإنجليزية والأمريكية تميل إلى نظام المحكم الفرد إلا إذا كان النزاع ضخما يبرر التعدد[1].

والأسلوب الغالب في التحكيم التجاري الدولي أن تشكل الهيئة من ثلاثة محكمين، يعين كل خصم واحدا منهم، وأما الثالث فيختار بطريقة مختلفة، فقد يترك اختياره لاتفاق الخصمين، وقد يعهد بالاختيار إلى المحكمين الآخرين وقد تتولاه هيئة مستقلة كالمحكمة أو الغرفة التجارية أو المنظمة الدائمة التي تتولى التحكيم[2].

وقد يتولى المحكم الثالث رئاسة هيئة التحكيم، فالأصل أن يتم الاتفاق على تشكيل هيئة التحكيم ضمن ما ينص عليه القانون، وفي بعض الأحيان يكون هناك محكم احتياطي يحل محل الحكم الأصلي عند حدوث مانع لحضوره، وقد يتم تعيين مساعدين قانونيين بجانب هيئة التحكيم لمساعدتها في إتباع الإجراءات القانونية الصحيحة.

وبالنظر إلى قانون التحكيم المصري و قانون التحكيم الفلسطيني يتبين انه تم النص على كيفية تشكيل هيئة تحكيم، ففي حالة عدم اتفاق الأطراف على تشكيل الهيئة يقوم المحكمين

---

[1] وفقا للائحة الجمعية الأمريكية للتحكيم تشكل هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين إذا جاوزت قيمة النزاع 100000 دولار. ويقول الأستاذ Domke أن هذا الاستثناء يكاد يكون هو الأصل في المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية.

[2] شفيق، محسن: مرجع سابق، ص222.

باختيار محكم إذا لم يعارض الأطراف ذلك أو قد تعمل المحكمة على اختيار محكم ثالث. تكون له رئاسة هيئة التحكيم[1].

فبعد أن يتم اختيار هيئة التحكيم و تحديدها لنظر النزاع، تبقى الأمور الأخرى مقرونة بالقانون الذي سيحكم العلاقة لا داعي لإيرادها لأن الأمر المهم هنا هو المكان الذي سيجري فيه التحكيم والقانون الواجب الانطباق على النزاع حيث أن لاختيار مكان التحكيم في مجال التجارة الدولية أهمية قصوى، إذ كثيرا ما يتوقف عليه تعيين القانون الواجب التطبيق على بعض مسائل التحكيم، كما يتوقف عليه أحيانا تعيين جنسية القرار، أي الفصل فيما إذا كان قرارا وطنيا أو أجنبيا، وهي مسالة تبدو أهميتها على وجه الخصوص عند طلب تنفيذ القرار، يضاف إلى ذلك أن التحكيم لا يكون مفيدا حقا إلا إذا جرى في ظروف ملائمة للخصوم، وفي مقدمتها إجراؤه في مكان مناسب[2].

وتنصح بعض مراكز التحكيم الدولية مراعاة جملة اعتبارات عند اختيار هذا المكان، منها أن يكون قريبا من الخصوم لكي لا يكلفهم الانتقال إليه نفقات عالية، وقريبا من الشهود إذا اقتضى الأمر سماعهم لكي لا يثنيهم بعد المكان عن أداء الشهادة، وان يجري في مكان وجود البضاعة إذا تعلق النزاع ببيع دولي ليسهل معاينة البضاعة وفحصها، واختيار المكان الذي يكون قرار التحكيم واجب التنفيذ فيه تيسيرا للإجراءات[3].

الأمر الثاني وهو المحكم، حيث تشترك جميع التشريعات في حظر إختيار القاصر أو المحجور عليه أو المفلس ليكون محكما، حيث تنص الفقرة الأولى من المادة (502) من قانون المرافعات المصري على انه "لا يجوز أن يكون المحكم قاصرا، أو محجورا عليه أو محروما من حقوقه المدنية بسبب عقوبة جنائية أو مفلسا ما لم يرد إليه إعتباره" .

---

[1] أنظر قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 94 المواد (15-18) وقانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000 المواد (8-12).

[2] شفيق، محسن: مرجع سابق، ص240.

[3] المرجع السابق، ص241.

فالمحكم في منزلة القاضي يجب أن تتوفر فيه الحيدة والنزاهة والإستقلال فإذا كان هناك حرج لدى المحكم في نظر النزاع يجوز له التنحي عن نظره.

والقانون المصري نص في الفقرة الأولى من المادة (503) من قانون المرافعات جواز التنحي بعد قبول التحكيم بشرط أن يكون لسبب جدي ويرتب النص على التنحي لغير هذا السبب إلزام المحكم بتعويض الضرر وتجيز الفقرة الثانية من النص ذاته الرد بشرط أن يكون لسبب يحدث أو يظهر بعد إبرام وثيقة التحكيم وان يكون لذات الأسباب التي يرد بها القاضي أو يعتبر بسببها غير صالح للحكم.

كما تم النص أيضا في المادة 18 من قانون التحكيم المصري على أنه " لا يجوز رد المحكم إلا إذا قامت ظروف تثير شكوكا جدية حول حيدته أو إستقلاله[1].

في حين نصت المادة (13) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه لا يجوز طلب رد المحكم إلا إذا وجدت ظروف تثير شكوكا لها ما يبررها حول حيدته وإستقلاله، ولا يجوز لأي من أطراف التحكيم رد محكم عينه هو أو اشترك في تعينه إلا لأسباب إكتشفها بعد أن تم تعين هذا المحكم[2].

ورد المحكمين ليس من الأمور النادرة في العمل[3]، ومن مبررات الرد الشائعة في المجال التجاري وجود علاقات عمل سابقة بين المحكم وأحد الخصوم أو اتجاه النية إلى إنشاء مثل هذه العلاقات في المستقبل القريب، يتضح من تحليل القضاء العالمي في هذا الصدد انه لا يكفي تبرير الرد مجرد وجود هذه العلاقات بين المحكم والخصم لأن وجودها لا غرابة ولا شذوذ فيه نظرا لأن المحكمين يكونون في الغالب من التجار ورجال الأعمال الذين تربطهم بمختلف المنشآت التجارية صلات أعمال عديدة، إنما الذي يبرر الرد هي العلاقة المؤكدة التي

---

[1] قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

[2] قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000.

[3] لا تحدد بعض التشريعات ميعادا لتقديم طلب الرد وتترك الأمر لتقدير المحكمة ، فإذا تبين أن الخصم كان على علم بسبب الرد ولم يقدم الطلب عند البدء بالإجراءات فقد تستخلص المحكمة من ذلك نزوله عن الرد.

توحي في ضمير المحكمة بالشك في حيدة المحكم، وعلى هذا الأساس حكم قبول طلب رد محكم سبق أن أعطي أحد الخصوم فتوى في موضوع النزاع[1].

ويتم في غالبية التشريعات إسناد الاختصاص للقضاء للنظر في طلب الرد، حيث يترتب على هذا الأمر توقف هيئة التحكيم عن نظر النزاع لحين البت في طلب الرد، وهذا الأمر قد يسبب عرقلة إجراءات التحكيم من قبل الطرف سيئ النية والذي قد يسعى إلى المماطلة.

أيضا فيما لو تم النظر في الطلب من قبل هيئة التحكيم فإن هذا الأمر يصعب إقتناع الخصم الذي فقد الثقة في هيئة التحكيم أو أحد أعضائها بالسير في الإجراءات حتى يصدر القرار.

ويكون النظر في طلب الرد من قبل المحكمة المختصة بنظر الدعوى كما نص على ذلك التشريع المصري[1]، وهناك وقائع أخرى تعد حلولها مثار جدل بين التشريعات حيث قد يتفق الأطراف على عزل المحكم أو قد يتوفى أو قد ينسحب أو يمرض، وهذا يترتب عليه إنهاء اتفاق التحكيم وما تم من إجراءات لأن إختيار المحكم يكون قائما على الإعتبار الشخصي.

ولكن هذا الأمر لا يتناسب مع المعاملات التجارية الدولية لأن اختيار المحكمين يكون في الغالب من قوائم تضعها مؤسسات تحكيمية ولا يعرفها الأطراف المحكمين، بالإضافة إلى أن مصالح التجارة الدولية لا يجب أن تترك لظروف يحكمها القدر، وعليه عالجت بعض لوائح المنظمات الدائمة هذا الأمر من خلال عدة حلول كالإكتفاء بالمحكمين الباقين ولكن تثور الصعوبة إذا كان العدد المتبقي زوجيا وكان القانون الواجب التطبيق يشترط أن يكون العدد وترا. وقد يتم اللجوء إلى المحكمة لتعيين محكم.

وقد نص قانون التحكيم الفلسطيني على أنه "إذا إنتهت مهمة المحكم بوفاته أو برده أو تنحيه أو لأي سبب أًخر وجب تعيين خلف له بذات الطريقة التي تم فيها تعيين المحكم الأول[2].

---

[1] استئناف باريس 30 ابريل 1969 مجلة التحكيم 1969 ص36.

[2] المادة 15 من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 .

في حين نص قانون التحكيم المصري على أنه" إذا إنتهت مهمة المحكم بالحكم بـــرده أو عزله أو تنحيه أو بأي سبب آخر، وجب تعيين بديل له طبقا للإجراءات التي تتبع فـــي إختيـــار المحكم الذي انتهت مهمته[1].

أما فيما يتعلق بالبدء بإجراءات التحكيم ، فقد نصت المادة (27) مـــن قـــانون التحكـــيم المصري[2]، على أن إجراءات التحكيم تبدأ من اليوم الذي يستلم فيه المدعى عليه طلب التحكـــيم من المدعي ما لم يتفق الطرفان على موعد آخر فإرادة الأطراف هي التي يســـند إليهـــا تحديـــد تاريخ بدء إجراءات التحكيم[3].

في حين أن قانون التحكيم الفلسطيني نص في المادة (20) منه علـــى أن تباشـــر هيئـــة التحكيم عملها فور إحالة النزاع إليها بعد قبولها مهمة التحكيم بين الأطراف[4].

فالأمر مختلف بين القانونين المصري والفلسطيني بهذا الخصوص، إلا أن ما جاء فـــي القانون المصري بتحديد بدء إجراءات التحكيم بيوم إعلام المدعى عليه بطلب التحكيم متفق مـــع ما نصت عليه المادة (21) من القانون النموذجي، ونص المادة 2/3 من قواعد اليونسترال وهي القواعد المطبقة أمام المركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بالقاهرة.

وقد جاء نص المادة (27) من قانون التحكيم المصري محددا لا يثير لبسا أو جدلا حول بيان بدء الإجراءات، وذلك على عكس نصوص قانون المرافعات الفرنسي، حيث نصت المـــادة (1456) الواردة بخصوص التحكيم الداخلي على أن مهمة المحكمين تنتهي بمضي ستة أشـــهر من اليوم الذي أعلن فيه أخر المحكمين قبوله لمهمته، ولم يستلزم القانون الفرنسي صدور قبول

---

[1] المادة (21) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

[2] قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

[3] تنص المادة 25 /1 من القانون النموذجي على أنه " إذا تخلف المدعي عن تقديم بيان دعواه وفقا للمادة 1/23 تنهي هيئة التحكيم اجراءات التحكيم والمادة 1/23 تستلزم تقديم بيان الدعوى خلال الموعد المتفق عليه أو الذي تحدده الهيئة.

[4] قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000.

المحكمين لمهمتهم في شكل معين مما يعني إمكان القبول ضمنا بتولي ومشاركة المحكم في عملية التحكيم، وهذا يعني أن المدة تحسب عمليا من أول إجراء تتخذه الهيئة[1].

ولا شك أن إثبات قبول المحكمين قد يثير بعض الصعوبات من الناحية العملية، مما حدا بالبعض إلى إقتراح تحديد محضر يعتبر بمثابة وثيقة حاسمة في تحديد بدء الإجراءات، على أن يتضمن هذا المحضر توقيع ممثلي الأطراف وتوقيع المحكم الذي يأتي تأكيدا لقبول مهمة التحكيم ويعتبر تاريخه بداية لسريان المهلة التي يجب أن تنتهي فيها مهمة المحكمين[2].

ويترتب على الطرف الذي يطالب بالتحكيم أن يقدم بيانا مكتوبا ومفصلا فيه كافة الأمور المتعلقة ببياناته الشخصية وكل ما يتعلق بالدعوى لهيئة التحكيم وللمدعى عليه وذلك ضمن مدة يتم تحديدها إما من قبل الأطراف أو من قبل هيئة التحكيم، وبالتالي يجب على المدعى عليه تقديم مذكرة مكتوبة متضمنة أوجه دفاعه وطلباته، ويحق له تقديم باقي طلباته التي لم يوردها في وقت لاحق، وذلك في حال كانت هناك ظروف تبرر التأخير يتم تقديرها من قبل هيئة التحكيم[3].

وهنا يجب أن يتم إعداد المذكرة من المدعى عليه ونظرها من الهيئة خلال المدة المحددة دون تباطؤ أو تقاعس وذلك لتحقيق أهم مزايا التحكيم وهي السرعة في فصل النزاع.

ولا تخضع هيئة التحكيم في تنظيم سير عملية التحكيم إلا للقواعد التي اتفق عليها الأطراف، فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق تختار الهيئة القواعد والإجراءات الملائمة تبعا لطبيعة النزاع، ومفاد ذلك عدم التزام الهيئة بنصوص قانون المرافعات إلا في الحالات التي يحيل فيها قانون التحكيم هذه النصوص أو إذا تضمن اتفاق الأطراف التراضي على تطبيق نصوص المرافعات على تسيير وإدارة عملية التحكيم[4].

---

[1] بريري، محمود مختار احمد: مرجع سابق. ص109.

[2] انظر دوبرت- جين – ص116 وما بعدها.

[3] بريري، محمود مختار احمد: مرجع سابق. 2004. ص113.

[4] انظر المادة (25) من قانون التحكيم المصري.

وقد يقوم الأطراف بتخويل هيئة التحكيم الفصل بالنزاع إستنادا إلى الوثائق والمستندات المقدمة دون الحاجة إلى عقد جلسات للترافع، أيضا يجب مراعاة إتباع إجراءات التبليغ بشكل صحيح يسمح لكلا الطرفين بالحضور في الوقت المحدد، كما يجب إحترام مبدأ المواجهة بين الخصوم بأن يتم إرسال صور المستندات والوثائق لكلا الطرفين.

وكل ما يحدث في الجلسات يجب تدوين محاضر به وتسليم نسخة منها لكل واحد من الأطراف، أما علنية أو سرية الجلسات فأمره متروك لإتفاق الأطراف[1]، وفيما يتعلق بأدلة الإثبات فإنها مقرونة باتفاق الأطراف إما إخضاع التحكيم لقانون معين فيما يتعلق بقواعد الإثبات، وإما أن تقوم الهيئة بإختيار قانون معين لتطبيقه على قواعد الإثبات.

ولم تعالج نصوص القانون المصري حالة طلب أحد الأطراف إلزام خصمه بتقديم دليل أو مستند تحت يده وذلك على عكس القانون الفرنسي الذي خول الهيئة إمكانية إصدار أمر لأحد الأطراف بتقديم ما تحت يده من عناصر الإثبات إذا طلب الطرف الآّخر ذلك[2].

ولا صعوبة إذا عالج الأطراف تنظيم المسالة في إتفاقهم، واتفقا مثلا على جواز الالتجاء للقضاء لإستخدام سلطاته وفقا لقانون الإثبات وترتيب آثار امتناع الخصوم عن تقديم الدليل وفقا لنصوص المواد 20 وما بعدها من قانون الإثبات المصري، كما يجوز الإتفاق على إعتبار الامتناع تسليما بصحة ما يدعيه الطرف الآخر[3].

كما أن من المواضيع التي تتعلق بالهيئة أنه قد تتغير هيئة التحكيم وذلك بالرد أو الوفاة لأحد المحكمين أو إستبداله وبالتالي تتأثر إجراءات التحكيم تلقائيا بسبب هذا التغير، على الرغم من أن القانون المصري لم يعالج هذه المسألة بالإضافة إلى القانون الفلسطيني أيضا و القانون النموذجي، فالأمر هنا متروك لإتفاق الأطراف أو تخول به هيئة التحكيم، في حين أن قواعد

---

[1] تنص المادة 3/21 من القانون المصري على أنه يبقى حضور الجلسات محظورا على كل من ليس له علاقة بالإجراءات إلا بموافقة محكمة التحكيم والأطراف.

[2] المادة 3/1460 من قانون المرافعات الفرنسي .

[3] بريري محمود مختار احمد: المرجع السابق، ص115.

اليونسترال التي يطبقها المركز الإقليمي بالقاهرة قد نصت المادة (14) منها على وجوب إعادة الإجراءات إذا كان المحكم واحدا أو تم تغير رئيس المحكمة أما في حال تغير أحد الأعضاء فالأمر متروك لتقدير محكمة التحكيم.

وقد نصت المادة (482) من قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس على ترك الأمر لتقدير المحكمة بعد إستشارة وتشاور الأطراف[1].

المطلب الثاني: النظام العام وإختصاص المحكم

يعرف النظام العام بأنه عبارة عن القواعد الأساسية والمبادئ العامة لقانون الشعوب ولمبادئ قانون التجارة.

وإذا كان المشرع الوطني قد سمح بتطبيق أحكام القوانين الأجنبية على إقليمه في بعض الفروض، فإن ذلك لا يعني أنه قد أعطى مشرعي دول العالم مجالا لتطبيق أحكام قوانينهم على إقليمه[2].

فالنظام العام يعد من أهم الدفوع التي قد يستخدمها القاضي الوطني لأستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المعين إذا ما كان تطبيقه يتعارض مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع في دولة القاضي، سواء أكانت هذه المبادئ اقتصادية أو اجتماعية أو سياسية[3].

حيث يأخذ عدم احترام قواعد النظام العام ذات الأثر المترتب على عدم احترام كفالة حقوق الدفاع، فالأنظمة القانونية للدول تشتمل على قواعد خاصة تسمى قواعد النظام العام التي يراد منها تحقيق المصلحة العامة، بالتالي فان قواعد النظام العام تشكل حاجزا وعائقا في تنفيذ أي قرار قضائي أو تحكيمي مخالف لهذه القواعد، فيجب إبتداء أن يكون القرار التحكيمي غير

---

[1] نصت المادة (27) من القانون النموذجي على إمكانية اتفاق الأطراف بموافقة الهيئة على طلب المساعدة من قضاء الدولة للحصول على الأدلة وهو نص لم يرد ما يقابله في القانون المصري أو الفلسطيني.

[2] شفيق، محسن: مرجع سابق، ص241.

[3] الفضيلي، احمد:**التحايل على القانون في القانون الدولي الخاص**.ط1.عمان. دار المناهج. 1999. ص 25.

متعارض مع النظام العام في البلد المراد تنفيذ حكم التحكيم فيه، وهذا يدعو المحكم إلى أن يأخذ بعين الاعتبار عند إصداره قراره بمبدأ احترام النظام العام الداخلي مع قواعد النظام العام السائد في التعامل التجاري الدولي، ذلك لأن القواعد الأولى، تجد لها أساسا في النظام السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة وقد لا تتفق مع معطيات التبادل التجاري على الصعيد الدولي[1].

خلال ما سبق فإن هناك قواعد للنظام العام الداخلي لكل دولة وهناك قواعد للنظام العام الدولي. وعليه يمكن القول أن أيا من هذين النوعين من قواعد النظام العام يجب على المحكم احترامها عند النظر في النزاع. وإصدار الحكم.

سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين على النحو التالي: الفرع الأول يتناول: أساس مبدأ إختصاص المحكم والفرع الثاني يتناول: النظام العام والإجراءات المتعلقة بالمبادئ الأساسية للدعوى

الفرع الأول: كفالة حقوق الدفاع

إن احترام وضمان حق الدفاع لكل من طرفي النزاع يعد من أهم الأسس التي تقوم عليها إجراءات التحكيم، حيث أن حق الدفاع يقصد به إعطاء الفرصة والحرية الكاملة لكلا الطرفين حتى يتمكنا من تقديم ما تحت أيديهم من أدلة وأقوال وشهود وبينات، بالإضافة إلى إعطائهم الفرصة الكافية والوقت اللازم لجلب الشهود وتبادل اللوائح واستدعاء الخبراء وغيرها من الأمور التي تستلزم لبناء الأدلة في القضية على أسس واضحة، كما لو كان النزاع معروضا على القضاء، خاصة فيما يتعلق بأمور التبليغ بحيث يمكن لكل طرف في النزاع أن يعرف ويطلع على ما لدى الطرف الآخر من أدلة وبينات، حتى يتمكن من الرد عليها في الوقت المناسب[2].

---

[1] دواس، أمين: **تنازع القوانين في فلسطين: دراسة مقارنة**، ط1. عمان. دار الشروق للنشر والتوزيع.2001. ص229

[2] سامي، فوزي محمد: مرجع سابق، ص177.

وبالتالي فإن إخلال المحكمين بهذا المبدأ يعرض القرار التحكيمي للبطلان في حال ثبوت ذلك حيث أشارت الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم إلى هذا المبدأ[1].

كما تمت الإشارة إلى المبدأ المذكور في بعض النصوص الدولية الخاصة بالتحكيم فقد جاء في القواعد التي وضعتها لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة في مادتها الخامسة عشرة، مع مراعاة أحكام هذه القواعد لهيئة التحكيم ممارسة التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة شريطة أن تعامل الطرفين على قدم المساواة وأن تهيئ لكل منهما في جميع مراحل الإجراءات فرصة كاملة لعرض قضيته[2].

كذلك نصت المادة (18) من القانون النموذجي للتحكيم الذي أعدته اللجنة المذكورة، على وجوب معاملة الطرفين على قدم المساواة وان تهيئ لكل منهما الفرصة كاملة لعرض قضيته.

إلا أن الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987م لم تشر إلى هذا المبدأ بشكل صريح أو ضمني وإنما سكتت عن الإشارة إليه، وعند الإطلاع على الأسباب التي يتم بموجبها إبطال قرار التحكيم المنظمة في المادة (24) من الاتفاقية المذكورة، فلا يوجد مكان لمبدأ احترام حق الدفاع والمساواة بين الأطراف في إجراءات التحكيم، حيث أن هذا المبدأ معترف به ومستقر في مجال التحكيم الدولي وعدم النص عليه لا يعني نكرانه.

---

[1] فقد نصت اتفاقية جنيف لعام 1927م في الفقرة (ب) من المادة الثانية على رفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم إذا تبين للقاضي أن الطرف الذي صدر الحكم ضده لم يبلغ خلال وقت ملائم بإجراءات التحكيم لكي يتمكن من تقديم دفاعه.
أيضا نصت كل من إتفاقية نيورك لعام 1958م (1) والاتفاقية الأوروبية لعام 1961م (2) على جواز عدم الاعتراف وعدم تنصيف حكم التحكيم في حالة عدم احترام حق الدفاع للطرف الذي صدر الحكم ضده، سامي، فوزي محمد: مرجع سابق، ص178

[2] المرجع السابق، ص177.

في حين نص قانون التحكيم المصري على أن يعامل طرفا التحكيم على قدم المســاواة وتهيأ لكل منهما فرصة متكافئة وكاملة لعرض دعواه[1]، وهنا النص واضح بشكل لا لــبس فيــه على إقرار احترام حقوق الدفاع لكلا الطرفين.

إلا انه لم يرد في قانون التحكيم الفلسطيني نص مشابه ينص علــى ضــرورة إحتــرام حقوق الدفاع لكلا الطرفين أو تقرير بطلان القرار التحكيمي تبعا لذلك،بالتالي يستوحى من روح القانون ضرورة المساواة بين الطرفين في تقديم دفوعهم وبيناتهم ولوائحهم في المــدة المحــددة، وضرورة تبليغ كلا الطرفين بالمستندات المقدمة من الطرف الآخر.

وترى الباحثة أن هذه ثغرة في القانون الفلسطيني وجدير بالمشرع تلافيهــا، نظــرا لأن مبدأ كفالة حقوق الدفاع من أهم المبادئ المستقرة والمتبعة في مجال التحكيم التجاري الدولي.

من خلال ما تقدم فان احترام حق الدفاع لكلا الطرفين في النزاع ومعاملتهما على قــدم المساواة هو مبدأ مستقر على الصعيد الدولي، ويترتب على عدم الأخذ به امكان إبطــال حكــم التحكيم وبالتالي يجب على المحكمين مراعاة هذا المبدأ عند السير في إجراءات التحكيم، كونــه يكفل لكلا الطرفين تقديم الأدلة والمستندات وشرح وجهات النظر فــي الادعــاءات المتقابلــة، بالإضافة إلى تأكيد قيام المحكم بعمله بشكل نزيه وحيادي وعادل.

وهذا المبدأ احترامه غير مقصور على المحكمين فقط وإنما يجب أن يحترم مــن قبــل أطراف التحكيم أيضا، فلا يجوز لأي طرف أن يعمل ما من شانه المساس بمبدأ المســاواة بــين الطرفين وبالتالي يكون له تأثير على نتيجة التحكيم[2].

بالإضافة الى أنه يجب على المحكم أن يأخذ بالاعتبار عند إصدار حكم التحكيم قواعــد النظام العام للدولة التي سينفذ فيها هذا الحكم، حيث أن مخالفة هذه القواعد ستؤدي بالضــرورة إلى عدم الاعتراف بالحكم وبالتالي عدم تنفيذه. فقد نصت اتفاقية جنيف لعام 1927 على انه إذا

---

[1] قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

[2] وهذا ما تم تأكيده في حكم للتحكيم جرى بموجب قواعد الغرفة التجارية الدولية المادة الأولى فقرة (و) من اتفاقية جنيف.

أريد الحصول على الاعتراف وتنفيذ الحكم، وفقا للمادة الأولى من الاتفاقيــة المــذكورة فمن الضروري أن لا يكون حكم التحكيم مخالفا للنظام العام أو لمبادئ القانون العام، للبلد المراد تنفيذ الحكم فيها. وقد أعطت اتفاقية نيويورك لعام 1958 الحق للــدول المتعاقــدة، أن تــرفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم إذا كان في الحكم ما يخالف النظام العام[1].

أما على الصعيد العربي فان اتفاقية تنفيذ الأحكام لعام 1952 نصت على الحالات التــي يمكن فيها للدول أن ترفض تنفيذ حكم التحكيم بقولها: إذا كان في حكم المحكمــين مــا يخــالف النظام العام والآداب العامة في الدولة المطلوب إليها التنفيذ، فهي صاحبة السلطة في تقدير كونه كذلك، وعدم تنفيذ ما يتعارض مع النظام العام أو الآداب العامة فيها[2].

وجاء في الفقرة (2) من المادة الخامسة والثلاثين من الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري على انه لا يجوز رفض الأمر بالتنفيذ إلا إذا كان القرار مخالفا للنظام العام.

كما نصت المادة (58) فقرة م/أ من قانون التحكيم المصري على انه "لا يجــوز الأمــر بتنفيذ حكم التحكيم وفقا لهذا القانون إلا بعد التحقق مما يأتي (ب) انه لا يتضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية[3].

في حين نص قانون التحكيم الفلسطيني في المادة 2/48 منه مــع مراعــاة الاتفاقيــات الدولية التي تكون فلسطين طرفا فيها والقوانين المعمول بها في فلسطين ، حيث يجوز للمحكمــة المختصة ولو من تلقاء نفسها رفض تنفيذ قرار تحكيم أجنبي في إحدى الحالتين التاليتين (1) إذا كان القرار مخالفا للنظام العام في فلسطين (2) إذا كان القرار لا يتفق والمعاهدات والاتفاقيــات الدولية المعمول بها في فلسطين. ويترك للقاضي الوطني في البلد المراد تنفيذ الحكم فيه تقدير ما إذا كان قرار التحكيم لا يخالف قواعد النظام العام لذلك البلد[4].

---

[1] المادة الخامسة (2/ب) من اتفاقية نيويورك.

[2] المادة الثالثة الفقرة (ه) من اتفاقية تنفيذ الأحكام لعام 1952م..

[3] قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

[4] قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000.

فللقاضي السلطة التقديرية في التحقق من ذلك، ولكن ليس للقاضـــي الــوطني مناقشـــة موضوع النزاع[1].

إلا أن بعض القرارات القضائية فرقت بين قواعد النظام العام الدولي وقواعــد النظـــام العام الداخلي واعترفت تلك القرارات بأحكام المحكمين إذا كانت لا تتعارض مع النظـــام العـــام الدولي وإن كانت تلك الأحكام لا تتفق مع قواعد النظام العام الداخلي[2].

الفرع الثاني: التعاون بين التحكيم والسلطة القضائية في مسائل الإجراءات

عالجت القوانين الحديثة الصادرة في العديد من الدول والمنظمة للتحكــيم ســواء أكـــان تحكيما داخليا أو دوليا مسألة مدى إختصاص القضـــاء الــوطني باتخـــاذ الإجـــراءات الوقتيـــة والتحفظية بشأن المنازعات المتفق على حسم موضوعها بوســـاطة التحكــيم، وكيفيـــة توزيـــع الاختصاص باتخاذ هذه الإجراءات بين كل من القضاء الوطني وقضاء التحكيم[3].

حيث يعتبر التعاون بين التحكيم والسلطة القضائية في مسائل الإجراءات ضرورة لا بـــد من توافرها، ويتجلى ذلك من خلال طلب المحكم المساعدة في الحصول على الأدلة، بالإضـــافة إلى المسائل الأولية والإجراءات التحفظية والوقتية التي تخرج عن نطـــاق اختصـــاص هيئـــات التحكيم[4].

---

[1] سامي، فوزي محمد : مرجع سابق، ص182.

[2] انظر في هذا الصدد البحث الذي قدمه الأستاذ عبد الحي صفريوي الى المؤتمر الثالث للتحكيم العربي الأوروبي المنعقد في عمان للفترة من23-25 أكتوبر 1989 تحت عنوان (الممارسات التحكيمية والتوجيهات الإصلاحية الجديدة).

[3] الحداد، حفيظة: **مدى إختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية و التحفظية**.دون ط. الاسكندرية. دار الفكـــر الجامعي. دون سنة نشر،ص 48.

[4] نظرا لأن هيئة التحكيم لا تملك سلطة الإجبار التي يملكها القاضي فمن المتوقع أن تجاهل من صدر ضده الامر أن يمتنع عن تنفيذ الحكم الصادر بحقه لذلك نصت المادة 24 يجوز لطرفي التحكيم الإتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم ، بناء على طلب أحدهما ، أن تأمر أيا منهما بإتخاذ ما تراه من تدابير مؤقته أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع ، وأن تطلـــب تقـــديم ضمان كاف لتغطية نفقات التدبير الذي تأمر به ، ونصت الفقرة الثانية أنه اذا تخلف من صدر اليه الامر عن تنفيذه جـــاز لهيئة التحكيم بناء على طلب الطرف الآخر ، أن تأذن لهذا الطرف في إتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذه ، وذلك دون إخلال بحق هذا الطرف أن يطلب من رئيس المحكمة الأمر بالتنفيذ. عبد التواب، معوض: **المستحدث فـــي التحكـــيم التجـــاري الدولي**. ط 1. الإسكندرية. دار الفكر الجامعي. 1997م.)

ففي نطاق الإجراءات فانه يجوز لهيئة التحكيم أو لأي من الطرفين بموافقتهما طلب المساعدة من محكمة مختصة في هذه الدولة، للحصول على أدلة وذلك بهدف الوصول إلى الحقيقة، ويجوز للمحكمة أن تستجيب للطلب في حدود سلطتها المخولة لها وطبقا للقواعد القانونية التي تطبقها والخاصة بالحصول على الأدلة.

وعليه فان شكل الإجراء المراد تنفيذه بمقتضى المساعدة القضائية يخضع لقانون القاضي المراد منه تنفيذها، وذلك تطبيقا لقاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي، ويجب أن يكون موضوع المساعدة مسألة مدنية، أو تجارية، أو مسألة مقررة، بموجب معاهدة دولية[1].

ولأن الهيئة هي التي تقرر الحاجة إلى المساعدة القضائية سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الأطراف، فان لها في نفس الوقت أن تعدل عن طلبها متى وجدت من الأدلة ما يغني عن تنفيذ المسألة موضوع الطلب أو تبين لها أن هذا الأجراء أصبح غير منتج في الخصومة لتوفر أدلة أخرى مكانه.

وبغض النظر عن القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم سواء أكان القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي – قواعد الأمم المتحدة– أو كان هذا القانون قد تم اختياره بمعرفة الأطراف أو حدد عن طريق التركيز الموضوعي للإجراءات، فان هذا القانون هو الذي يحدد سائر المواضيع المتعلقة بالإجراءات من حيث شروط المحكم والجلسات والدفوع والطلبات وعوارض الخصومة وغيرها من الجزئيات المتعلقة بهذا الموضوع[2].

في حين أن "محل الإثبات، يخضع للقانون الذي يحكم الموضوع باعتبار أن تحديد محل الإثبات يعتبر أمرا فاصلا في موضوع خصومة التحكيم، وكذلك فان هذا القانون الأخير هو

---

[1] يجوز لهيئة التحكيم أثناء نظر النزاع أن تصدر أمراً باتخاذ أية إجراءات تحفظية أو مستعجلة تراها مناسبة بحق أحد أطراف التحكيم إذا نص اتفاق التحكيم علي ذلك ويكون لهذا الأمر قوة الأمر الصادر عن المحكمة المختصة، ويجري تنفيذه بذات الطريق الذي تنفذ به الأحكام والقرارات_ المادة33_.قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000

[2] عبد المجيد منير . المرجع السابق .ص 153

الذي يحدد الخصم الذي يقع على عاتقه عبء إثبات الحق المدعى به، ومدى مشـــروعية الاتفاقات بين الأفراد المعدلة لنقل الإثبات.

وكذلك فإن عبء الإثبات، يخضع للقانون الذي يحكم الموضوع باعتبار أن تنظيم الأدلة يعود إلى ترتيب القانون ذاته، سواء تعلق الأمر بإثبات واقعة ايجابية مثل الفعل الضار، أم واقعة سلبية مثل انتفاء الإهمال في تنفيذ الالتزام[1].

أما فيما يتعلق بالتقادم فانه يتم الرجوع فيه إلى القانون الذي يحكم الموضـــوع، أيضـــا تحديد صفه الخصوم وأهليتهم في التقاضي والنيابة في التقاضي تعد من المسائل الموضوعية.

من خلال ما تقدم فان القانون الذي يتم تحديده هو الذي يحكم جميع الجزئيات الإجرائية المتعلقة بالموضوع بكافة جوانبه.

---

[1] انظر: المرجع السابق، ص152-153.

المبحث الثاني

القرار التحكيمي

الأصل الواجب الإتباع من قبل الأطراف هو احترام القرار التحكيمي، وبالتـــالي تنفيـــذه اختياريا من قبل الطرف المحكوم عليه، أما الاستثناء فهو إما رفض التنفيذ من قبل هذا الطـــرف أو محاولته المماطلة في التنفيذ من اجل الإضرار بالطرف الآخر، والرفض قد يكون بالامتنـــاع عن التنفيذ دون الطعن بالقرار وفي هذه الحالة فان الطرف المحكوم له يلجأ إلى طلـــب التنفيـــذ الجبري من قبل الجهات المختصة، والعمل على إضفاء الصفة التنفيذية على القرار التحكيمي.

وسيتم تقسيم المبحث الأول إلى مطلبين يعالج المطلب الأول المسائل المتعلقـــة بـــالقرار التحكيمي و القانون الذي يحكمها في حين يعالج المطلب الثاني تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية.

المطلب الأول: المسائل المتعلقة بالقرار التحكيمي والقانون الذي يحكمها

فيما يتعلق بتنفيذ قرارات التحكيم الوطنية فإنها تختلف عـــن تنفيـــذ قـــرارات التحكـــيم الأجنبية، فالقرار التحكيمي يعتبر وطنيا إذا صدر في البلد المراد تنفيذ الحكم فيه وهذا المعيـــار هو المعيار الأكثر شيوعا وإتباعا في اغلب التشريعات، حيث أن الصـــفة التنفيذيـــة لقـــرارات التحكيم الوطنية تنظم بموجب القوانين الوطنية الخاصة بالتحكيم أو ضـــمن نصـــوص قـــوانين المرافعات المدنية.

أما الأسلوب الشائع الذي أخذت به القوانين اللاتينية وقوانين الدول العربية منها العـــراق يتلخص في أن تقوم جهة قضائية بإضفاء الصفة التنفيذية[1] على قرار التحكيم لكي يمكن تنفيـــذه على المحكوم ضده جبرا[1]، إلا إنه في بعض القوانين قد يلجأ الطرف المحكوم له حتى يتمكن من

---

[1] على طالب الأمر بتنفيذ قرار التحكيم الأجنبي أن يبرز للمحكمة المختصة ما يلي:1- قرار التحكيم الأجنبي مصدقاً عليه من المعتمد السياسي أو القنصلي الفلسطيني في ذلك البلد إن وجد.2- أن يكون القرار مترجماً إلى اللغة العربية من مترجم قانوني معتمد لدى جهات الإختصاص ومصدق على صحة توقيع المترجم من المعتمد السياسي أو القنصلي للدولـــة التـــي ينتمي إليها طالب التسجيل، أو أن يكون القرار مترجماً بعد حلف اليمين من مترجم قانوني فلسطيني المادة 50 من قـــانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000.

[1] سامي، فوزي محمد : مرجع سابق، ص370.

تنفيذ القرار التحكيمي إلى رفع دعوى أمام المحكمة، أو الحصول على أمر من المحكمة لتنفيذ القرار تنفيذا جبريا[1].

أما تنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية: فإن صدوره في دولة وتنفيذه في دولة أخرى يثير صعوبة كبيرة في التنفيذ، نظرا لاختلاف الأنظمة القانونيـــة و الإجــراءات الواجـــب إتباعهـــا للاعتراف وتنفيذ تلك القرارات، فعندما يتعلق الأمر بقرار أجنبي نجد أن الحديث يتطـــرق إلــــى الاعتراف والتنفيذ، وهذا ما نجده في نصوص الاتفاقيات الدولية التي تعـــالج هـــذا الموضـــوع كإتفاقية نيويورك لعام 1958 واتفاقيات جنيف لعام1927[2].

فالفرق بين الاعتراف بالقرار التحكيمي، وبين تنفيذ القرار التحكمى متمثل في أن القرار قد يعترف به ولكن لا ينفذ، وفي حال نفذ فمن الضروري أن يكون قد تم الاعتراف به من الجهة التي أعطته القوه التنفيذية.

والاعتراف يعني أن القرار قد صدر بشكل صحيح وملزم للأطراف والتنفيذ يعني الطلب إلى الخصم الذي صدر القرار ضده أن ينفذ ما جاء في القرار التحكمي، وفي حال امتناعه عـــن التنفيذ يتم إجباره على ذلك بموجب الإجراءات التنفيذية لقانون البلد المراد تنفيذ القرار فيه.

وهذه الإجراءات قد تكون بحجز الأموال أو الحبس بالنسبة للأشخاص الطبيعية أمـــا إذا كان المحكوم عليه شخصا معنويا فإجراءات التنفيذ تشمل أموال الشخص المذكور وفـــي بعـــض الأحيان يصار إلى مسألة ممثل الشخص المعنوي كمدير الشركة التي صدر القـــرار ضـــدها إذا ثبتت مسؤوليته[1].

أما فيما يتعلق بالقواعد التي تحدد الإجراءات بالنسبة للقرارات التحكيمية فسيتم علاجهـــا في الفرع الأول على النحو التالي:

---

[1] من القوانين العربية التي جعلت المحكمة هي الجهة التي تضفي الصفة التنفيذية على القرار التحكيمي ، قانون التحكـــيم الأردني المادة "15" وقانون الإمارات العربية المتحدة المادة 91 وأغلب قوانين الدول العربية الاخرى.

[2] سامي، فوزي محمد: مرجع سابق، ص373-374.

[1] المرجع السابق –ص282-283.

الفرع الأول: القواعد التي تحدد الإجراءات بالنسبة للقرارات التحكيمية

تقسم القواعد التي تحدد الإجراءات بالنسبة للقرارات التحكيميـــة إلـــى أولا: الاتفاقيـــات الدولية الجماعية، ثانيا: الاتفاقيات الثنائية ثالثا: القوانين الوطنية.

أولا: تنفيذ القرارات التحكيمية بموجب الاتفاقيات الدولية الجماعية

جرت محاولات عديدة وحثيثة بهدف توحيد القواعد الخاصة بالاعتراف وتنفيذ الأحكـــام الأجنبية حيث تم عقد العديد من الاتفاقيات الدولية أهمها اتفاقية نيويورك لســـنه1958، واتفاقيـــة جنيف لعام 1927 واتفاقية واشنطن لعام 1965 فجميع هذه الاتفاقيات تركت إجراء تنفيذ القرار التحكيمي إلى القواعد القانونية للبلد المراد تنفيذ الحكم فيه، بالإضافة إلى حصر رقابة المحكمـــة أو الجهة المختصة بإضفاء الصفة التنفيذية للقرار على مراجعة القـــرارات لمعرفـــة اســـتيفائها للشروط الشكلية وإتباع القواعد الإجرائية بشكل صحيح.

ثانيا: تنفيذ القرارات التحكيمية بموجب الاتفاقيات الثنائية

فمن اجل تسهيل عملية تنفيذ الأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم وأعمالا لمبدأ التعـــاون بين الدول تعمل الدولة على إبرام اتفاقية مع دوله أخرى بهدف تنفيذ القرارات التحكيمية وغالبـــا ما تكون هذه الأحكام الخاصة ضمن اتفاقيات التعاون القضائي[1].

كما تركت الاتفاقيات الدولية المسائل الإجرائية لتنفيذ القرار التحكيمي إلى قانون الدولـــة المراد تنفيذ القرار فيها، وقد عينت بعض الاتفاقيات المحكمة المختصة التي يتطلب إليها الأمـــر بتنفيذ قرار التحكيم، بالإضافة إلا أن بعض الاتفاقيات ذكرت الوثائق والمستندات التي يجـــب أن

---

[1] من الأمثلة على هذه الاتفاقيات ما جاء في معاهدة التعاون القضائي والقانوني بين الجمهورية العراقية والاتحاد السوفيتي المتعارف عليها بالقانون رقم 104 لسنة 1973، حيث أن هذه الاتفاقيات اتسمت بدورها بعدة سمات مشتركه أهمها أنهـــا نصت صراحة على أن السلطة المختصة في الدولة المراد تنفيذ القرار الأجنبي فيها لا تملك البحث في الموضوع موضوع النزاع الذي صدر بشأنه القرار التحكيمي وتقتصر سلطاتها على إضفاء الصفة التنفيذية على القرار من خلال تدقيقه مـــن الناحية الشكلية ومدى صحته من الناحية القانونية.

ترفق مع الطلب المقدم من الطرف الذي يطلب تنفيذ القرار من الجهة المختصة في الدولة المراد التنفيذ فيها[1].

ثالثا: تنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية بموجب القوانين الوطنية

تقسم القوانين الوطنية في هذا المجال إلى ثلاثة أقسام، أولا، ما جاء بنصوص خاصة حول كيفية الاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية، والقسم الثاني من القوانين سكت عن معالجة أمر تنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية، والقسم الثالث من القوانين نص على معاملة القرارات معاملة الحكم القضائي الأجنبي.

في حين أن القانون المصري "جعل النصوص الواردة في الفقرة الرابعة منه والخاصة بتنفيذ الأحكام والأوامر الصادرة في بلد أجنبي تسري على أحكام المحكمين الأجنبية[2]، وعليه فأن قرارات التحكيم الأجنبية تعامل بنفس الطريقة التي يصار إلى إتباعها عند تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية، أيضا فان مبدأ المعاملة بالمثل يجد له مكاناً في هذا القانون[3]،علما أن مصر من الدول التي انضمت إلى اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية.

وقد نص قانون التحكيم الفلسطيني على أن "يكون لقرار التحكيم بعد تصديقه من المحكمة المختصة القوة والمفعول الذي لقرارات المحاكم ويتم تنفيذه بالصورة التي ينفذ فيها أي حكم أو قرار صادر عن المحكمة وفقا للأصول المرعية[1].

وتختلف الرقابة من قبل القاضي على القرارات التحكيمية فبعض الدول تحصر هذه الرقابة في نطاق التحقق من سلامة التحكيم من الناحية الإجرائية واستيفاء الشروط الشكلية والبعض يوسع سلطة القاضي في تدقيق القرار التحكيمي وأحيانا قد يصل الأمر إلى التفاصيل الخاصة بالنزاع.

---

[1] الماده4، من اتفاقية جنيف 1927، المادة (4) من اتفاقية نيويورك، لسنة 1958.

[2] المادة 199 من قانون المرافعات المصري.

[3] المادة 300 من قانون المرافعات المصري.

[1] المادة 47 –قانون التحكيم الفلسطيني – رقم 3 لسنة 2000.

لكن الاتجاه الحديث بالنسبة للقرارات التحكيمية الأجنبية يرى أن السلطة المختصة في البلد المراد تنفيذ القرار فيه، لا تقوم بالبحث في أصل النزاع وإنما تقتصر الرقابة على التحقق من صحة القرار وإتباع المبادئ الرئيسية لحماية حقوق المتخاصمين عند سير إجراءات المرافعة وأن لا يحتوي القرار على ما يتعارض مع قواعد النظام العام[1].

الفرع الثاني: الاتفاقيات التي عالجت تنفيذ حكم التحكيم

يجب الإشارة بداية إلى أن الاتفاقيات الدولية التي عنيت بمشكلة النفاذ الدولي لأحكام التحكيم أو كما يطلق عليها مشكلة تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لم تعنَ بمسالة جنسية حكم التحكيم بل إن اهتمامها لم ينصرف على الأقل إلى تحديد متى يعتبر حكم التحكيم وطنيا أو أجنبيا فقد تركز هذا الاهتمام – فقط– حول المعاملة التي يجب أن تلقاها أحكام التحكيم الصادرة في إطارها.

فاتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى (1965) لم تشر في فصلها الرابع الخاص بالتحكيم إلى أي من المعايير الخاصة بوطنية أو أجنبية الحكم المراد تنفيذه. ولعل ذلك مرجعه في الواقع إن هذه الاتفاقية التي انضم إليها ما يربو على سبعين دولة قد وضعت نظاما متكاملا للتحكيم ذاتة ومن ثم كان طبيعيا أن ينص في الفقرة الأولى من المادة الرابعة والخمسين من هذه الاتفاقية على أن "كل دولة عليها أن تعترف بكل حكم تحكيمي صادر في إطار هذه الاتفاقية وتعتبره ملزما وتضمن على أراضيها تنفيذ الالتزامات المالية التي

يرتبها هذا الحكم كما لو كان حكما قضائيا نهائيا صادرا من محكمه قضائية تمارس وظيفتها على ارض هذه الدولة"[1].

كذلك لم تتضمن اتفاقية جنيف (21 ابريل 1961)_ الاتفاقية الأوروبية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي _ أي معيار خاص بالتعرف الى جنسية حكم التحكيم الأجنبي. وهذا يتفق في

---

[1] انظر سامي، فوزي محمد: مرجع سابق، ص384.

[1] هذه الاتفاقية أبرمت في 18 مارس 1965 ودخلت حيز التنفيذ في 14 أكتوبر 1966 .

الواقع مع الرؤى الطموحة لهذه الاتفاقية واستهدافها إقامة مرحلة للانطلاق نحو الاعتراف بحكم التحكيم الدولي.

ومن ناحية أخرى، فان من هذه الاتفاقيات الدولية التي عنيت بمشكلة النفاذ الدولي لأحكام التحكيم من لم تهتم ببيان الصفة الوطنية أو الأجنبية لحكم التحكيم بحد ذاته وإنما من خلال تحديد مجال تطبيق أحكامها. أي أن أحكام التحكيم المنوه عنها في الاتفاقية تكون أجنبية طبقا للمعيار أو المعايير التي وضعتها هذه الاتفاقية بصرف النظر عن الصفة التي قد تلحق بهذه الأحكام في إطار نظم قانونية اتفاقية أخرى.

هكذا تنص الفقرة الأولى من المادة الأولى من اتفاقية نيويورك (10 يونيو 1958) على أن "تطبق هذه الاتفاقية على الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة في إقليم دولة غير التي يطلب الاعتراف والتنفيذ على إقليمها. كما تطبق – أيضاً – على أحكام التحكيم التي لا تعتبر وطنية في الدولة المطلوب فيها الاعتراف وتنفيذ هذه الأحكام.

ويبين من هذا النص أن أحكام التحكيم الأجنبية التي عنيت الاتفاقية بتنظيم الاعتراف بها وتنفيذها هي تلك الأحكام الصادرة في دولة أخرى غير تلك المراد الاعتراف بالحكم أو تنفيذه على إقليمها تشترط هذه الاتفاقية إذن _باختصار_ أن يكون حكم التحكيم صادرا في دولة أجنبية بصرف النظر عن القانون الإجرائي الذي تم التحكيم وفق أحكامه، وسواءاً كانت الدولة التي صدر فيها هذا الحكم من الدول المتعاقدة (أي التي انضمت إلى هذه الاتفاقية) أم لا. هذا المعيار

الموسع لمجال تطبيق اتفاقية نيويورك يمثل في الواقع اتجاها حديثا في الاتفاقيات الدولية يرمي إلى تحقيق قدر من العالمية لهذه الاتفاقيات[2].

---

[2] يلاحظ أن اتفاقية جنيف الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية المبرمة في 26 سبتمبر 1927 قد أخذت بمعيار مزدوج للتعرف إلى الصفة الأجنبية للحكم واجب التنفيذ ، فهذا المعيار يستند إلى عامل إقليمي يتمثل في ضرورة صدور الحكم في دولة متعاقدة ثم يجب أن يتوفر أيضا عامل شخصي مقتضاه صدور الحكم التحكيمي بين أشخاص خاضعة لقضاء إحدى الدول المتعاقدة.

إلا انه ينبغي أن لا يتم الإفراط في التفاؤل حول التأثير الذي يمكن أن يحدثه هذا المعيار الواسع والذي يوحي بالخروج من إطار الفكرة التقليدية الخاصة بنسبية اثر الاتفاقية الدولية وكونها أداة لتنظيم العلاقات بين أطرافها فحسب.

ومبعث عدم التفاؤل هذا ما ذهبت إليه الفقرة الثالثة من المادة الأولى من اتفاقية نيويورك من الاعتراف بحق "كل دولة عند التوقيع على الاتفاقية أو التصديق عليها أو الانضمام إليها أو الأخطار بامتداد تطبيقها عملا بنص المادة العاشرة أن تصرح على أساس المعاملة بالمثل أنها ستطبق الاتفاقية فقط على الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة على إقليم دولة أخرى متعاقدة".

هكذا فقد أفسحت الاتفاقية المجال أمام الدول الأطراف فيها أن تقتصر مجال أعمالها على الأحكام الصادرة في دولة متعاقدة أي منحت الدول الأطراف الحق في التحفظ سواء عند التوقيع على الاتفاقية أو عند التصديق عليها أو الانضمام إليها أو الأخطار بامتداد تطبيقها إليها وعلى أساس المعاملة بالمثل فإنها لن تطبق هذه الاتفاقية إلا على الأحكام التحكيمية الصادرة في دولة من الدول المتعاقدة. ولعل الغرض الذي سعت إليه الاتفاقية من إتاحة الفرصة أمام الدول الأعضاء لاستخدام هذا التحفظ هو إقامة نوع من التوازن بين العالمية المنشودة في هذه الاتفاقية والنسبية المعترف بها في مجال الاتفاقيات الدولية بصفة عامة والتي يعبر عنها بان الحقوق التي توفرها اتفاقية لدولة متعاقدة هي مقابل الالتزامات التي تلتزم بها هذه الدولة قبل الدول المتعاقدة الأخرى ومن ناحية أخرى فان تضمين الاتفاقيات المذكورة مثل هذا النص قد يعد حافزا أمام الدول غير المتعاقدة على الدخول والانضمام إليها.

ولكن ما المقصود بعبارة المعاملة بالمثل هنا ، أو كما يطلق عليها أحيانا the reciprocity reservation

يرى البعض أن هذا التحفظ يفهم منه أن الدولة (أ) تطبق الاتفاقية على حكم تحكيم صادر في الدولة (ب) لان هذه الدولة الأخيرة عندما انضمت للاتفاقية قد أعلنت أنها ستطبق الاتفاقية على أحكام التحكيم الصادرة في الدولة (ب) .

في الواقع فإنَّ هذا التفسير قد عكس الفرض الذي أراد واضعوا الاتفاقية معالجته بهذا النص فنحن أمام فرض خاصته أن دولة ما تشترط عند انضمامها للاتفاقية أو عند التصديق عليها أنها لن تطبق نصوصها إلا على الأحكام الصادرة من دولة متعاقدة أخرى خروجا على المبدأ العام الذي نصت عليه اتفاقية نيويورك والذي بمقتضاه لا يشترط في الحكم التحكيمي لكي يعترف به أو ينفذ أن يكون صادرا في إقليم دولة متعاقدة ، هنا لا يمكن فهم عبارة "على أساس المعاملة بالمثل" إلا على أساس أن هذا التحفظ يمنح للدولة العضو الحق في الامتناع عن الاعتراف أو تنفيذ الحكم الصادر في إقليم دولة أخرى غير متعاقدة إذا كانت هذه الأخيرة تعترف وتنفذ أحكام التحكيم الصادرة في إقليم الدولة الأولي[1].

ولم تقف الاتفاقية في بيان ماهية حكم التحكيم الأجنبي وبالتالي تحديد مجال تطبيقها عند معيار محل صدور حكم التحكيم وإنما نصت على سريانها كذلك على أحكام التحكيم التي لا تعتبر وطنية في الدولة المطلوب فيها تنفيذها أو الاعتراف بها

وقد ذهب جانب من الفقه إلى أن تطبيق هذا المعيار يحده حدين أولهما أن يكون الحكم صادرا في الدولة المراد تنفيذه فيها وثانيهما أن اعتبار حكم التحكيم أجنبيا بالرغم من صدوره في إقليم هذه الدولة يعد أمراً متروكا للمحكمة المطلوب الاعتراف بالحكم أو تنفيذه حسب تقديرها.

مفاد ذلك إذن أن هذا المعيار يمثل طبقا لحده الأول معياراً ثانيا مضافا لسابقة أو بديلا عنه وليس استثناء عليه فإذا اتفق الأطراف على أن يتم التحكيم في الدولة (أ) طبقا لقانون الدولة (ب) فان الدولة (أ) إذا كانت تسمح بالتحكيم طبقا لقانون تحكيمي أجنبي فيكون لها إذا ما طلب التنفيذ على إقليمها أن تعتبر حكم التحكيم وبالرغم من صدوره على إقليمها أجنبيا وتطبق عليه اتفاقية نيويورك 1958[2].

---

[1] ايا كان التفسير الصحيح لهذا التحفظ فإن بعض الدول التي استخدمته قد ارتكز عليها قضاؤها لرفض تنفيذ احكام تحكيمية صادرة في دولة اخرى طبقا لاتفاقية نيويورك 1958.

[2] القصبي، عصام الدين: **النفاذ الدولي لأحكام التحكيم**. بدون طبعة. القاهرة. دار النهضة العربية .1993. ص50.

المطلب الثاني: تنفيذ قرارات التحكيم الاجنبية

تنص القواعد العامة على أنه يشترط لتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي ان لا تكون المسألة التي صدر فيها حكم التحكيم تدخل في الاختصاص الوجوبي لقضاء الدولة المراد التنفيذ على اراضيها، على سبيل المثال أن تكون المسألة متعلقة بإتخاذ إجراء وقتي أو تحفظي داخل أراضي الدولة، ويخرج عن ولاية هيئة التحكيم، حيث ينفرد القضاء وحده بالتصدي لهذه المسالة التي تعتبر من قوانين البوليس[1].

أما في حال كانت هذه المسألة التي تم حسمها من خلال حكم التحكيم تدخل في الاختصاص المشترك بين القضاء والتحكيم، فالأصل أنه يجوز تنفيذ حكم التحكيم الصادر في شأنها متى توافرت سائر الشروط الأخرى.

تبعا لذلك سيتم تقسيم هذا المطلب الى فرعين يتناول الفرع الاول رفض تنفيذ القرار التحكيمي ، ويتناول الفرع الثاني الطعن في القرار التحكيمي.

الفرع الاول: رفض تنفيذ القرار التحكيمي

أوردت بعض التشريعات الأسباب التي تؤدي إلى رفض تنفيذ القرار التحكيمي منها : عدم وجود اتفاق تحكيم صحيح طبقا للقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، أو أن يكون تشكيل الهيئة مخالفاً للقواعد الواجبة التطبيق، أو أن هيئة التحكيم لم تقم بدورها بشكل صحيح،

أو أن القرار قد تم إبطاله من قبل جهة مختصة في البلد الذي صدر فيه حيث أن القرار الخاص برفض تنفيذ القرار التحكمي يصدر من السلطة المختصة في البلد المراد فيه التنفيذ وفي الغالب المحكمة المختصة بنظر النزاع في ذلك البلد، وقد بينت اتفاقية نيويورك لعام 1958 حول الاعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية الأسباب التي يمكن بموجبها رفض التنفيذ إذا تمكن طالب الرفض من إثبات وجودها وهذه الأسباب هي:

---

[1] انظر عبد المجيد، منير: **تنازع القوانين**. مرجع سابق، ص290

1- ا -نقص أهلية إحد الأطراف أو عدم صحة اتفاق التحكيم ب- عدم احترام حق الدفاع للخصم وعدم إبلاغه بإجراءات التحكيم ج- تجاوز هيئة التحكيم لاختصاصها في النظر بالنزاع المعروض عليها4- عدم سلامة الإجراءات التحكمية د-حالة عدم اكتساب القرار صفة الإلزام[1].

2- للسلطة المختصة أن ترفض تنفيذ القرار التحكيمي من تلقاء نفسها في حال مخالفة القرار التحكيمي للنظام العام بالاضافة الى ان يكون موضوع النزاع لا يجوز تسويته بالتحكيم طبقا لقانون البلد المراد تنفيذ القرار فيه.

3- إن رفض تنفيذ القرار التحكيمي في إحدى الدول لا يؤدي إلى رفضه من قبل الدول الأخرى ويترك لكل دوله إن تقرر سلطتها المختصة كما انه في المقابل فان تنفيذ القرار التحكيمي في إحدى البلدان لا يعني إلزام الدول الأخرى بالتنفيذ في إقليمها.

أيضا إبطال القرار التحكيمي أو وقف العمل به تقرره السلطة في البلد الذي صدر فيه القرار التحكيمي أو البلد الذي صدر القرار التحكيمي بموجب قانونه، وإبطال القرار التحكيمي من قبل السلطة المختصة في البلد الذي صدر فيه القرار هو البلد الذي صدر فيه القرار بموجب قانونه يعتبر سبابا كافيا لرفض التنفيذ في البلد المراد تنفيذ القرار فيه.

وإذا رفضت دعوى بطلان أو وقف تنفيذ القرار التحكيمي في بلد أصدار القرار أو البلد الذي صدر القرار بموجب قانونه فإن ذلك قد يكون مبررا لتأجيل النظر في طلب تنفيذ ذلك القرار من قبل السلطة المختصة في البلد المراد تنفيذ القرار فيه لحين البت في الدعوى.

وهناك أسباب يمكن للسلطة المختصة في البلد المراد تنفيذ القرار التحكيمي فيه أن ترفض تنفيذه من تلقاء نفسها، وهذا ما نصت عليه اتفاقية نيويورك حيث جاء فيها أن موضوع النزاع الذي صدر بشأنه القرار التحكيمي لا يمكن تسويته بالتحكيم طبقا لقانون ذلك البلد

[1] انظر سامي، فوزي محمد، مرجع سابق، ص388.

بالإضافة إلى أن تنفيذ القرار المذكور يشكل خرقا لقواعد النظام العام في ذلك البلد أو قواعد النظام العام الدولي[1] بالنسبة لتشريعات بعض البلدان[2].

الفرع الثاني: الطعن في القرار التحكيمي

القرار التحكيمي يكون عاده محلا للطعن مباشره أمام الهيئة التي أصدرته أو أمام هيئه أخرى، وعلى الأغلب يكون الطعن أمام القاضي، وفي حال كان هذا القاضي هو قاض في الدولة التي صدر فيها القرار التحكيمي، فهنا إن تحقق سبب من أسباب البطلان يحكم بإبطال قرار التحكيم أو إلغائه وأحيانا تعديله، أما الطعن بالقرار التحكيمي أمام قاضي دوله أخرى ففي هذه الحالة إذا تأكد القاضي من توافر بعض الأسباب فهنا يأمر بعدم الاعتراف ورفض التنفيذ للقرار التحكيمي.

حيث يقابل تقديم طلب فسخ حكم التحكيم في قانون التحكيم الفلسطيني[3] المادة رقم 42 رفع دعوى بطلان القرار التحكيمي في القانون المصري[4] مادة 52 حيث نص على عدم قبول أحكام التحكيم الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المحددة في قانون أصول محاكمات أو

المرافعات المدنية والتجارية[5]، إنما أجاز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وفقا لأسباب محددة تحديدا حصريا[6]،لكن أسباب البطلان لا تشتمل على كل ما يلحق بحكم التحكيم من عيوب تؤدي إلى بطلانه كحالة صدور الحكم مبنيا على غش أو ورقة ثبت تزويرها بعد الحكم[7]، لذلك

---

[1] بالإضافة إلى أن قانون التحكيم النموذجي للتحكيم التجاري الذي وضعته اليونسترال قد اخذ النص الخاص برفض تنفيذ القرار التحكيمي وأسباب الرفض الذي أوردته اتفاقية نيويورك وضمنها في المادة 26 منه.

[2] الفقرة الثانية من المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك.

[3] قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000.

[4] قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

[5] مادة 52 من قانون التحكيم المصري.

[6] حسن، علي عوض: **التحكيم الاختياري والإجباري في المنازعات المدنية التجارية**.دون طبعة. الاسكندرية. دار الفكر الجامعي. 2001. ص200.

[7] العنزي، ممدوح عبد العزيز: **بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي الأسباب والنتائج دراسة مقارنة**. دون طبعة. دون مكان النشر. منشورات الحلبي الحقوقية. دون تاريخ النشر. ص 293.

يجب تفسير هذه الأسباب باعتبارها الطريق الوحيد للطعن في حكم التحكيم تفسيرا لا يدع مجالا للقياس على طرق الطعن في الأحكام القضائية[1].

فالأصل في التحكيم أن للطرفين المتنازعين الحرية التامة في الاتفاق على الجهة التي يصار إليها تقديم طلب الطعن في القرار التحكيمي وبالتالي يعني هذا أنهما يستطيعان الاتفاق على إمكانية الطعن في قرار التحكيم أمام هيئه أخرى تعين من قبلها غير تلك التي أصدرت القرار.

وفي حال عدم اتفاقهما فالأمر في هذه الحالة يترك إلى أحكام القواعد التحكيمية التي اختاراها لسير عملية التحكيم بموجبها، على الرغم من أن بعض القواعد التحكيمية الدولية المعروفة لا تنص على تعيين جهة معينه يصار أمامها الى الطعن بالقرار التحكيمي[2].

ومثال ذلك ما جاء في الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري حيث أجازت لأحد الطرفين أن يطلب من رئيس مركز التحكيم إبطال القرار إذا توافرت فيه احد الأسباب الواردة في هذا

القانون[3]، ويتم تنظيم المدة التي يجب خلالها تقديم طلب الإبطال من قبل المشرع الذي يضع مده محدده.

على الرغم من أن بعض القواعد التحكيمية الدولية تعتبر القرار عند صدوره باتا ونهائيا ولا يجوز الطعن فيه ويبرر ذلك أن قبول الطرفين حسم النزاع عن طريق التحكيم يعتبر قبولا للقرار الذي يصدر حول النزاع المذكور.

---

[1] صاوي، احمد السيد: **التحكيم طبقا لقانون 1994 وأنظمة التحكيم الدولية**. ط2.دون مكان للنشر. دون دار للنشر. 200.ص225

[2] من الأمثلة على ذلك قواعد التحكيم التي أصدرتها لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة، وفي هذه الحالة يصار الطعن أمام المحاكم المختصة، وفي المقابل فأن هناك قواعد تحكيمية دوليه تحدد الجهة التي يقدم إليها الطعن بالقرار.

[3] المادة (34) من الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري.

وقد نصت قواعد الغرفة التجارية الدولية على وجوب عرض مشـــروع القـــرار علـــى محكمة التحكيم ولا يصدر القرار إلا بعد المصادقة عليه من قبل المحكمة المختصة وعليه فقـــد نصت المادة 24 وتحت عنوان الصيغة النهائية والتنفيذية للقرار على ما يلي 1- قرار التحكـــيم نهائي، 2- بما أن الطرفين اخضعا نزاعيهما لتحكيم غرفة التجارة الدولية فأنهما يلتزمان بتنفيـــذ القرار دون تأخير ويتنازلان عن جميع طرق الطعن التي يمكن أن يتنازلا عنها[1].

فلجوء الأطراف للطعن بالقرار سيجعل الطرفان يلجآن للقضاء وهذا على خلاف ما تـــم الاتفاق عليه بالإضافة إلى أن الطعن قد يقصد به المماطلة ويحسب الوقـــت بالنســـبة للطـــرف الخاسر في التحكيم.

وما تجدر الإشارة إليه أن الاتفاقيات الدولية تلزم الدول المنضمة إليها بما تـــنص عليـــه بهذا الخصوص في حين أن قواعد التحكيم الدولية لا تلزم الدول بأتباعها.

أما فيما يتعلق بأسباب الطعن في قرار التحكيم فأن القوانين الوطنية تختلف فـــي تعـــداد الأسباب التي يجوز بموجبها الطعن في قرار التحكيم، وإجمالا يمكن تصـــنيف الأســـباب التـــي بموجبها يتم الطعن في قرار التحكيم إلى أربع أقسام:

أولا: الأسباب التي تتعلق بمحتوى القرار فالطرف الذي يقدم طلب الطعن يستند إلـــى أن قـــرار التحكيم لا يتفق مع ما يطلبه قانون البلد الذي صدر فيه أو قانون الإجراءات الواجب التطبيق.

ثانيا: الأسباب التي تتعلق باختصاص هيئة التحكيم:فهذه الهيئة هي التي تملك سلطة النظر فـــي النزاع وبالتالي إصدار القرار الخاص بذلك وفي حال أن النزاع ليس من الأمور الداخلـــة فـــي سلطة الهيئة وفقا لقانون بلد التحكيم والقانون الواجب التطبيق فهنا يمكن الطعن في القرار الـــذي تصدره الهيئة[2].

---

[1] المادة 21 من قواعد غرفة التجارة الدولية.

[2] هذا الدفع بعدم اختصاص الهيئة يثار عاده أثناء إجراءات التحكيم وأحيانا يطعن الخصم بالقرار طالبا إبطال جـــزء مـــن القرار مستندا في ذلك إلى تجاوز هيئة التحكيم لسلطاتها حيث أنها قررت بعض الأمور التي لـــم يتفـــق علـــى تســـويتها بالتحكيم. وفي هذه الحالة يجوز للمحكمة التي تنظر بالطعن أن تبطل الجزء المذكور من القرار إذا كان بالإمكان تجزئـــة قرار التحكيم دون أن يؤثر ذلك على بقية الأسباب، انظر سامي فوزي محمد: مرجع سابق، ص404 -410.

ثالثا: الأسباب التي تتصل بإجراءات التحكيم:ففي هذه الحالة يكون الطعن بقرار التحكـيم مبنيـا على أن هيئة التحكيم لم تحترم القواعد الإجرائية للتحكيم وهذه القواعد التي تضمن صحة تشكيل هيئة التحكيم وتضمن الحفاظ على حقوق الطرفين المتنازعين أثناء إجراء الموافقة، ومن الأمور الإجرائية التي يمكن الاستناد عليها للطعن في القرار التحكيمي عدم إجراء التبليغات الأصـولية للأطراف أو عدم معاملة الطرفين على قدم المساواة، في المرافعة أو فـي التبليغـات أو عـدم ضمان حق الدفاع لأحد الطرفين وذلك بإعطائه الفرصة الكافية لتقديم طلباته ودفوعه. وهذا أمر يكاد يكون مجمعا عليه في كافة الاتفاقيات الدولية باعتباره من الحالات التي يمكن الاستناد إليها للطعن بقرار التحكيم[1].

رابعا: الأسباب التي تستند إلى مخالفة قواعد النظام العام حيث تجمع القواعد الدولية والتشريعات الوطنية على أن مخالفة القرار لقاعدة من قواعد النظام العام يعتبر سببا من أسـباب بطلانـه أو عدم الاعتراف به وعدم تنفيذه، حيث يحق للمحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها ببطلان الحكـم إذا كان مخالفا للنظام العام[2]، بمعنى يجوز للمحكمة الحكم بهذا البطلان استنادا إلى مخالفة النظام

العام وحده حتى لو استند مدعي البطلان إلى سبب أخر غير هذا السبب الذي استند إليـه هذا المدعي غير متحقق فعلا[3].

واخيرا تفرق بعض القوانين الحديثة بين قواعد النظام الدولي وقواعد النظام الـداخلي حيث يصار إلى الإبطال أو عدم الاعتراف وتنفيذ قرار التحكيم الدولي إذا كان مخالفـا لقواعـد النظام العام الدولي، أما غالبية القوانين فلا تذهب إلى الأخذ بمثل هذه التفرقة ولا يمكن للدولـة

[1] فيما يتعلق بإتفاقية نيويورك لعام 1958 فقد جاء في المادة الخامسة منها إمكانية إبطال القرار التحكيمي من قبل محـاكم الدولة التي صدر فيها القرار ومن قبل الدولة التي صدر القرار بموجب قانونها ، وهذا ما يفهم من الفقـرة ه مـن المـادة المذكورة حيث نصت على حالة ان القرار لم يصبح بعد الزاميا بالنسبة للاطراف أو أنه كان قد تم إبطاله او إيقافه من قبل السلطة المختصة في البلد الذي صدر فيه او من قبل سلطة البلد الذي كان القرار قد صدر بموجب قانونه

[2] بركات، علي: **الطعن في أحكام التحكيم**. دون طبعة. القاهرة. دار النهضة العربية. 2003. ص 92.

[3] عمر، نبيل إسماعيل: **التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية**.ط1. الاسكندرية. دار الجامعـة الجديـدة. 2004. ص 276 – 277.

المصادقة عليها الإعتراف أو تنفيذ القرار التحكيمي وان كان دوليا إذا كـــان يتضـــمن مخالفـــة لقواعد النظام العام بالشكل الذي تعرفه قوانين تلك الدول[1].

[1] سامي، فوزي محمد: المرجع السابق ص 404 – 410.

الخاتمة

تناولت هذه الدراسة بالبحث والتحليل موضوع تنازع القوانين في حل النزاعات الناشـئة في المعاملات التجارية الدولية والتي يتفق أطرافها على حلها بطريق التحكيم، فقد شكل التحكـيم التجاري الدولي حقيقة ثابته وواقعاً لا يمكن تجاهله ساهم بشكل كبير في حل النزاعات التجارية الدولية، إلا أن اللجوء للتحكيم كوسيلة لحل المنازعات التجارية الدولية يصطدم بعدد من العوائق أهمها القانون الواجب التطبيق على النزاع التجاري الدولي ، إبتداءً بإتفـاق التحكـيم وإنتهـاءً بالقرار التحكيمي الصادر، كما ان القانون المختار سواء تم اختياره عن طريق ارادة الاطـراف او عن طريق المحكم او بالقواعد التشريعية يقف امامه مانع عام وهو وجـوب عـدم مخالفـة القانون الواجب التطبيق للنظام العام في البلد الذي يراد فيه الاعتراف بالحكم الذي طبقه ، فمـن خلال هذه الدراسة توصلت للاستنتاجات الآتية:

أولاً: يعد اللجوء للتحكيم التجاري الدولي طريقاً يمتاز باليسر والسرعة والمساهمة في حل كـم هائل من النزاعات التي تثور بصدد العلاقات التجارية الدولية، بنسبة تصل الى 80% تحل مـن خلال التحكيم التجاري الدولي .

ثانياً: إن موضوع تنازع القوانين الذي تصطدم به هذه الوسيلة لحل المنازعات التجارية يشـكل عائقاً أمام اللجوء للتحكيم وذلك من ناحيتين:

1. المساس بالسيادة التشريعية للدولة التي يجري التحكيم على إقليمها ومدى تنظـيم موضـوع التحكيم ضمن النصوص التشريعية والقوانين الوضعية لهذه الدولة، بحيث يتسـع نظامهـا التشريعي ليشمل القوانين التي يتفق الأفراد ضمن إرادتهم الحرة على تطبيقها علـى إتفـاق التحكيم.

2. التنازع في القوانين التي ستنطبق على إتفاق التحكيم إبتداءً من النص علـى هـذا الإتفـاق وإنتهاءً بالقرار التحكيمي، ففي حال النص على القانون الواجب التطبيق على النزاع، تبقـى النتائج في إطار توقعات الأطراف، في حين إذا تم تطبيق قانون آخر على العلاقة بسبب

3-عدم إتفاق الأطراف على قانون معين ليحكم علاقتهم التعاقدية تثور هنـا مشـكلة الإخـلال بتوقعات الأطراف وذلك لإنطباق قانون غير متفق عليه ليحكم علاقتهم التعاقدية.

ثالثاً: من خلال هذه الدراسة ومدى تأثير هذا التنازع في القانون الواجب التطبيق على التحكـيم التجاري الدولي، أصبحت الحاجة_ برأيي _ملحة لتوحيد التشريعات الواجبـة التطبيـق علـى التحكيم التجاري الدولي وذلك من خلال المنظمات والمراكز التحكيمية التي تتبنى حل منازعات التجارة الدولية عن طريق التحكيم وذلك ضمن أسس ومعايير تتوافق وتنسجم مع توقعات الأفراد ومع متطلبات التجارة الدولية وما تحتاجه من مرونة وتيسير في المعاملات التجارية الدولية.

رابعاً: من خلال المقارنة بين قانون التحكيم الفلسطيني وقانون التحكيم المصري فقد تميز كـلا القانونين في عدة جوانب جعلتهما متماشيين مع القانون التجاري الدولي بشكل كبير ، على سبيل المثال لا الحصر فيما يتعلق بنص القانون المدني المصري على السماح للقضاء بالرجوع إلـى المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص بحل مشاكل التنازع في المسائل التي لم يـرد بشـأنها نص صريح، أن يجد مخرجا من جمود ضوابط الإسناد الاحتياطية المقـررة فـي المـادة 19 مدني"، في حين نص قانون التحكيم الفلسطيني على أنه "يجوز للأطراف في التحكـيم الـدولي الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فأن لم يتفقوا تطبق هيئـة التحكـيم القانون الفلسطيني ،.ذلك فيما إذا كان التحكيم دوليا ويجري في فلسطين ولم يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق، فتطبق القواعد الموضوعية التي تشير إليها قواعد تنازع القوانين فـي القانون الفلسطيني مع عدم تطبيق قواعد الإحالـة، إلا إذا أدت إلـى تطبيـق أحكـام القـانون الفلسطيني، وفي جميع الأحوال تراعي هيئة التحكيم الأعراف المطبقة على العلاقة بين أطـراف النزاع، من خلال هذا النص فأن إرادة الأطراف هي التي يعول عليها لتحديد القـانون الواجـب التطبيق وفي حال عدم اتفاقهم فالأمر يترك هنا لهيئة التحكيم، بالإضافة إلى الإشارة في الفقـرة الثانية إلى مراعاة الأعراف المطبقة على العلاقة بين أطراف النزاع حيث أن في ذلك تماشيا مع ما هو سائد على الصعيد الدولي من اعتبار أعراف وعادات التجارة الدولية من أهم المسائل التي تراعى وتطبق على الصعيد الدولي.

خامساً: من خلال استعراض قانون التحكيم المصري والفلسطيني محل الدراسة يجب تطوير كلا القانونين بشكل افضل كي يكونا قادرين على التماشي مع متطلبات التجـارة الدوليـة والتطـور التجاري الحاصل على الصعيد الدولي ، والانسجام بشكل اكبر مع المعاهدات والإتفاقات الدولية التي تبرم بهذا الخصوص .

سادســاً: عمل الية للخروج من جمود االنصوص التشريعية والانسجام بشكل اكبر مع مـا هـو مستجد على الصعيد الدولي بحيث تتاح الفرصة لنصوص المعاهدات للإنطباق علـى العلاقـات التجارية الدولية ، من خلال النص في هذه التشريعات مع ضرورة الاستعانه بهـذه المعاهـدات واللجوء اليها لحل المنازعات التجارية الدولية

سابعاً: ضرورة عمل ابحاث ودراسات مقارنة بين النصوص التشريعية والمعاهدات والإتفاقيات الدولية ،ومعرفة ايجابيات وسلبيات كل منهما ومدى ملاءمة كل منهما لحل المنازعات التجاريـة عن طريق التحكيم.

ثامناً: ضرورة خلق قنوات اتصال مع مراكز التحكيم في الدول المجاورة للاستفادة من تجاربها والمشاركة في المؤتمرات التي تتناول موضوعات التحكيم.

تاسعاً: اتمنى ان تكون هناك دراسات مستقبلية تنطلق من هذه الدراسة بهدف التوصل الى كل ما لم استطع التوصل اليه ، او ابداء وجهة نظر مغايرة او تناول مسـائل اخرى،وذلـك مواكبـة للمستجدات في مجال التحكيم الجاري الدولي .

قائمة المصادر و المراجع

القوانين

اتفاقية جنيف للتحكيم 1927م.

إتفاقية عمان العربية للتحكيم 1987م : حررت باللغة العربية بمدينة عمان / بالمملكة الأردنية الهاشمية في السادس عشر من شهر شعبان 1407 الموافق 1987/4/14 ميلادية . ووقع عليها كل من المملكة الأردنية الهاشمية - الجمهورية التونسية - جمهورية الجزائر الديمقراطية الشعبية -جمهورية جيبوتي -جمهورية السودان - الجمهورية العربية السورية - الجمهورية العراقية - فلسطين - الجمهورية اللبنانية - الجماهيرية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية - المملكة المغربية - الجمهورية الإسلامية الموريتانية - الجمهورية العربية اليمنية -جمهورية اليمن الديمقراطية الشعبية .

اتفاقية نيويورك للتحكيم 1958م.

قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000 المنشور في الوقائع الفلسطينية (الجريدة الرسمية للسلطة الوطنية الفلسطينية) العدد 33/ تاريخ 2000/6/30 ص5

قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة المنشور في الجريدة الرسمية تاريخ 1994/4/21

القانون النموذجي للتحكيم التجاري (اليونسترال) لسنة 1985 م

المراجع

احمد، عشوش: **القانون الذي يحكم الاتفاقيات الدولية.** محاضرات لطلبة دبلوم القانون الخــاص بكلية الحقوق. جامعة الزقازيق. 1984.

بركات، علي: **الطعن في أحكام التحكيم.** دون طبعة. القاهرة. دار النهضة العربية. 2003.

بريري، محمود: **التحكيم التجاري الدولي.** ط 3. القاهرة. دار النهضة العربية. 2004م.

الحداد، حفيظة: **مدى إختصاص القضاء الوطني بإتخاذ الإجراءات الوطنيـــة والتحفظيـــة**. دون طبعة. الإسكندرية. دار الفكر الجامعي. دون سنة نشر.

حسن، علي عوض: **التحكيم الاختياري والإجباري في المنازعات المدنية التجارية**. دون طبعة. الاسكندرية. دار الفكر الجامعي. 2001.

حيدر، علي: **درر الحكام في شرح مجلة الأحكام**. الكتاب الثاني عشر. بيروت. بغداد.

دواس، أمين رجا رشيد : **تنازع القوانين في فلسطين**، دراســة مقارنـــة. ط 1. عمـــان . دار الشروق للنشر والتوزيع. 2001م.

راشد، سامية: **التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة**. دون طبعة. القاهرة. دار النهضة العربيـــة. 1984م.

رضوان، أبو زيد: **الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي**. دون طبعة. القاهرة. دار الفكـــر العربي. 1981م.

الرفاعي، أشرف عبد العليم: **القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام فـــي العلاقات الخاصة الدولية**. دون طبعة. الاسكندرية. دار الفكر الجامعي.2003

الرفاعي، أشرف عبد العليم: **النظام العام والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم فـــي العلاقات ذات العنصر الأجنبي. دراسة فقهية قضائية**. دون طبعة. الاسكندرية. دار الفكر الجامعي. 2003 .

سامي، فوزي محمد: **التحكيم التجاري الدولي**. الجزء الخامس دون طبعة. عمـــان. مكتبـــة دار الثقافة. 1997م.

شفيق، محسن: **التحكيم التجاري الدولي**. دراسة مقارنة في قانون التجارة الدولية. بدون طبعـــة. القاهرة. دار النهضة العربية 1997م.

شمس مرعي: **التحكيم في منازعات مشروع العام.** دون طبعة. القاهرة. دار النهضة العربيـــة. 1974.

صادق، هشام: **تنازع الإختصاص القضائي الدولي.** دون طبعة. الإسكندرية. منشأة المعـــارف. دون سنة نشر.

صادق، هشام: **تنازع القوانين.** ط 3. منشأة المعارف الإسكندرية. 1993م.

صاوي، احمد السيد: **التحكيم طبقا لقانون 1994 وأنظمة التحكـــيم الدوليـــة.** ط2. دون مكـــان للنشر. دون دار للنشر. 200.

صرخوة، يعقوب يوسف: أحكام المحكمين وتنفيذها. دراسة مقارنة. الطبعة الأولـــى. الكويـــت. 1986.

عبد التواب، معوض: **المستحدث في التحكيم التجاري الدولي.** ط 1. الإســـكندرية. دار الفكـــر الجامعي. 1997م.

عبد القادر، ناريمان: **اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقـــم 27 لسنة 1994.** ط1، القاهرة، دار النهضة العربية، 1996.

عبد الله، عز الدين: **تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص.** ط 1. المغرب. المجلة القضائية العربية. 1984م.

عبد المجيد، منير: **حول مفهوم القانون المحدد بمعرفة الأطراف في العقود الخاصـــة الدوليـــة. المحاماة.** 1991، العدد 827.

عبد المجيد، منير: **قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدوليـــة.** دون طبعـــة. القـــاهرة. دار المطبوعات الجامعية. 1995م.

عشوش، أحمد: **القانون الذي يحكم الإتفاقيات الدولية.** جامعة الزقازيق. 1984م.

عكاشة، محمد عبد العال: **قانون العمليات المصرفية الدولية.** دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعية الدولية. دون طبعة. الإسكندرية – دار الجامعة الجديدة للنشر. 1993م.

عمر، نبيل إسماعيل: **التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية.** ط1. الاسكندرية. دار الجامعة الجديدة. 2004.

العنزي، ممدوح عبد العزيز: **بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي الأسباب والنتائج دراسة مقارنة.** دون طبعة. دون مكان النشر. منشورات الحلبي الحقوقية. دون تاريخ النشر.

فؤاد، رياض: **مركز المشروعات العامة في القانون الدولي الخاص.** دون طباعة. مجلة مصر المعاصرة. سنة 1957م.

الفضيلي، أحمد: **التحايل على القانون في القانون الدولي الخاص.** ط 1. عمان. دار المناهج للنشر والتوزيع. 1999م.

الفقي، عمر عيسى: **الجديد في التحكيم في الدول العربية،** دون طبعة، الاسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، 2003.

الفيروزي، آبادي: **القاموس المحيط.** ج4. بيروت. دار الفكر. 1978.

القصبي، عصام الدين: **النفاذ الدولي لأحكام التحكيم.** بدون طبعة. القاهرة. دار النهضة العربية. 1993.

كمال، فهمي: **أصول القانون الدولي الخاص،** ط2. القاهرة. دون سنة نشر.

المصري، حسني: **التحكيم التجاري الدولي و دراسة مقارنة.** دون طبعة. القاهرة. دار الكتب القانونية. 2006م.

مصطفى، عبد الرحمن عبد الحكيم: **الوسيط في قانون المعاملات الدولية الخاصة**. دون طبعـــة. القاهرة دار النهضة العربية. 1991م.

منصور، مصطفى منصور: **مذكرات في القانون الدولي الخاص**. دون طبعة. الكويـــت. كليـــه الحقوق. 1986م.

نصار، جابر جاد: **التحكيم في العقود الادارية: دراسة مقارنة**. دون طبعة، القاهرة، دار النهضة العربية، دون تاريخ نشر.

الهداوي، حسن: **القانون الدولي الخاص تنازع القوانين**. عمان. مكتبة دار الثقافة. 1995م.

رسائل جامعية

الذيابات ، صبري أحمد : **إجراءات التحكيم التجاري الدولي** . (رسالة دكتوراة) جامعة عين شمس . القاهرة . مصر . 2004 م .

منشورات

السمدان، احمد : **القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي**. كلية الحقـــوق .جامعـــة الكويت

مواقع الإنترنت

www.qanoun.net

An-Najah National University
Faculty of Graduate Studies

The International Trade Arbitration in the Frame of Dispute Method

By
Elham Azzam Wahed El-Kharraz

Supervised by
Dr. Akram Daood

Submitted in Partial Fulfillment of the Requirment for the Degree of Master in Law, Faculty of Graduate Studies, at An-Najah National University, Nablus, Palestine.
2008

The International Trade Arbitration in the Frame of Dispute Method

By
Elham Azzam El-Kharraz
Supervisor
Dr. Akram Daood

Abstract

Laws dispute has been considered the main pivot which all the subjects that had been discussed and put forward in this thesis. The research had been started in the concerned law in the rule of arbitration agreement and what follows in dealing the faults whether they vitiate this agreement and is it dependent from the fundamental intent or an inseparable part of it, in addition to the arbitration panel and the mechanism of its formation and the applicably incumbent law which is followed by the panel reaching to the applicably incumbent law on the procedures of arbitration and the Fiqhi opinions which dealt this topic and their researching and analyzing and discussing the basic issues concerned in the arbitration procedures and the necessity of attendance and respect to the principle of the public order and the extent of cooperation between arbitration and judiciary in the issues of the procedures through reviewing and analyzing and submitting examples on the procedures. This what had been dealt in the first chapter via two subjects whereas each one included two demands.

Regarding the application incumbent law on the subject of dispute this had been dealt in the second chapter.

Through reviewing and analyzing this law which is applied on the contracts of the international trade in the shade of laws dispute and

attribution due what follows on the subject and state and extent of the lawful relationship gravity which has the greatest role in limiting the applicably incumbent law due to what may be applied in the course of preparing and analyzing the followed theories in this matter then transferring to the law of volition and the degree of its effect on selecting the applicably incumbent law and which originates from the administration of the parties who own the freedom of selecting the law which judges their hade relationship and dealing and analyzing the state of disappearance of existence of the frank or tacit selecting by the parties of the applicably incumbent law on the topic of dispute.

In the second subject of the second chapter, I dealt with the implementation of the arbitrary decision and its effect and what settles on it in addition the dealing the state of refusal of the arbitrary decision implementation or the defute in it through analyzing the subject and aid of the organizing the legal texts to this matter.

Through this research, I have shown the importance of limiting the incumbent law concerning the International Trade Arbitration. But the no-existence of a certain side or clear criterion followed by the concerned parts or the descriptive legislations have made the status of arbitration Centers have made the status of arbitration as a means of settling the disputes a matter vitiated by ambiguity and not attaining the required end in most cases where they seriously and clearly require the necessity of following a method and unified order to be applied on the International Trade Arbitration issues in order to attain the effect and the required result from it.